

# TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

FUNDED BY THE EUROPEAN RESEARCH COUNCIL

Publikation im Rahmen des ERC Projektes

**TRANSNATIONAL FORCE OF LAW**

unter der Leitung von Andreas Fischer-Lescano

Weitere Informationen zum Projekt finden Sie  
unter: [www.tfl.uni-bremen.de](http://www.tfl.uni-bremen.de)

This project has received funding from  
the European Research Council (ERC)  
under the European Union's Horizon  
2020 research and innovation  
programme (ERC-2014-CoG, No.  
647313-Tansnational Force of Law,  
Andreas Fischer-Lescano)



**European Research Council**

Established by the European Commission

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW (gefördert durch den European Research Council)  
Universität Bremen — Zentrum für Europäische Rechtspolitik  
Büro: Mar Escudero Morón • Telefon +49(0)421 218-66 201 • Fax +49(0)421 218-66 230  
Universitätsallee GW1 • 28359 Bremen

[www.tfl.uni-bremen.de](http://www.tfl.uni-bremen.de)

# **Internationalrechtliche Regulierung des Whistleblowing - Anpassungsbedarf im dt. Recht**

*Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, LL.M. (EUI)  
Universität Bremen*

## **I. Einleitung**

Es ist mittlerweile unbestritten, dass Whistleblowing Rechtswidrigkeiten und gesellschaftliche Missstände wirksam ins öff. Bewusstsein rücken kann. Whistleblowing interveniert jeweils in ein Spannungsfeld: In der Perspektive der hinweisgebenden Person werden als unzumutbar empfundene Zustände ins Licht der Öffentlichkeit gebracht, für die betr. Institutionen stehen Geheimhaltungs- und Reputationsinteressen – wirtschaftlicher oder politischer Natur – auf dem Spiel. Hinzu kommen Interessen der Öffentlichkeit. Bei der Regulierung des Whistleblowing geht es nicht lediglich darum, einen bilateralen Konflikt zwischen AN und AG zu regulieren. Die rechtspolitische Herausforderung des Whistleblowing liegt in der polygonalen Struktur des Konfliktes: Whistleblowing erfüllt in unterschiedlichen systemischen Kontexten unterschiedliche Funktionen.

Im Bereich der Wirtschaft gehört es zu den Leistungen funktionierender Whistleblowing-Systeme, dass sie zu Wettbewerbsgerechtigkeit und zum Funktionieren des Marktes beitragen können, etwa zur Verhinderung von Korruption und Bestechung bei der Vergabe öff. Aufträge. Daneben hat Whistleblowing einen Zweck, der sich nicht im Funktionieren des Marktes erschöpft, sondern darüber hinaus darin liegt, den Schutz von Allgemeininteressen – Umweltbelange, Wohlfahrtsstaatsbelange, Gesundheitsbelange, Menschenrechte – zu befördern. Whistleblowing ist daher nicht allein ein Marktschutzzinstrument, sondern ein Instrument zur Ermöglichung demokratischer Öffentlichkeit und Kontrolle und damit zentraler Baustein in der Demokratie.

Im Hinblick auf diese polygonale – und nicht lediglich bilaterale – Interessenkollision drohen Beschuldigten, Anschuldigenden und Öffentlichkeit gleichermaßen nachhaltige Schädigungen, wenn die Fragen des Whistleblowing, seine Zulässigkeit und Grenzen nicht durch den Gesetzgeber ausgestaltet werden. Whistleblower/innen sind existenziellen Gefahren – drohender Verlust des Arbeitsplatzes, disziplinarrechtliche Maßnahmen, strafrechtliche Verfolgung, außerrechtliche Sanktionen – ausgesetzt, die sie ggf. davon abhalten können, ihre für die demokratische Öffentlichkeit wichtige Funktion auszuüben. Für die Beschuldigten birgt Whistleblowing existenzielle – wirtschaftliche, politische, strafrechtliche – Risiken, und die Öffentlichkeit ist in ihrer Kontrollmöglichkeit eingeschränkt, was wiederum Auswirkungen für die Gewährleistung der Güter im Wohlfahrtsstaat - Sicherheit, Gesundheit, Umweltschutz, Menschenrechte – hat.

Um dieses Spannungsfeld einigermaßen in Ausgleich zu bringen, um die für die Demokratie konstitutiven Funktionen des Whistleblowing freizusetzen und seine destruktiven Gefahren zugleich einzudämmen, hat die internationale

Staatengemeinschaft mit einer Vielzahl grenzüberschreitender Regelungsbemühungen reagiert. Whistleblowing schützende und regulierende Normen finden sich im Antikorruptionsplan der G 20, in Aktionsplänen der OECD und in den rechtspolitischen Vorschlägen von Nichtregierungsorganisationen wie Transparency International. Völkervertragliche Vorkehrungen zur Regulierung des Whistleblowing finden sich zudem in zahlreichen Anti-Korruptions-Konventionen, aber auch in allg. Menschenrechtsverträgen.<sup>1</sup> Bezüglich der internationalrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik sieht der Koalitionsvertrag vom November 2013 einen Prüfungsauftrag im Hinblick auf Whistleblowing vor, dessen Erfüllung noch aussteht.

Die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen betreffen zum einen (hierzu II.) den status quo im deutschen Recht: Welche Normen sind im Fall des Whistleblowing einschlägig und stellen diese einen umfassenden Schutz für Hinweisgebende sicher? Sodann gilt es zu untersuchen (hierzu III.), aus welchen internationalen Rechtsquellen Vorgaben zum Schutz des Whistleblowing bzw. zum Verbot der Bestrafung aufgrund von Whistleblowing entnommen werden können und inwieweit rechtspolitische Initiativen diese völkervertraglichen Anforderungen konkretisieren. Schließlich (hierzu IV.) ist zu fragen, inwieweit Deutschland seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen nachkommt bzw. welcher Handlungsbedarf identifiziert werden kann.

## II. Whistleblowing im dt. Recht

Grenzen und Schutz des Whistleblowing sind in Deutschland nicht ausdrücklich geregelt. Im Unterschied dazu haben viele andere Länder – darunter die USA, Frankreich, Kanada und Australien – spezifische Schutzgesetze erlassen, welche die Enthüllung von Missständen oder Verbrechen im Arbeitsverhältnis durch spezifische Meldeverfahren erleichtern und dadurch Hinweisgebende und Betroffene gleichermaßen vor ungerechtfertigten Nachteilen bewahren.<sup>2</sup>

### 1. Fehlender systematischer Schutz

Der ges. Whistleblowingschutz in Deutschland wird zu Recht als fragmentiert beschrieben.<sup>3</sup> Grds. hat jede/r das Recht, bei Verdacht einer Straftat eine Anzeige

<sup>1</sup> Zur Zusammenfassung s. bspw. OECD, Whistleblower Protection: Encouraging Reporting, Juli 2012; siehe nunmehr auch den Bericht "Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression" des UN-Special Rapporteur on freedom of opinion and expression, Kaye, für die Generalversammlung der UN <http://www.ohchr.org/v.08.09.15>, UN Doc. A/70/361, S. 12 ff., zum Schutz von Whistleblowern; siehe ferner CCR, Written Submission. Call for Submissions on the Protection of Sources and Whistleblowers by the United Nations Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, David Kaye, 22.06.15, abrufbar via <https://ccrjustice.org>.

<sup>2</sup> S. etwa Übersicht und Nachweise auf der OECD-Homepage: <http://www.oecd.org/corruption/ethics/whistleblower-protection.htm>.

<sup>3</sup> Für einen Überblick siehe Rohde-Liebenau, Gammelfleisch und anderer Ekel, AuR 2006, 377; Döse, Arbeitnehmerschutz bei Whistleblowing – weiterhin eine offene Flanke, AuR 2009, 189; Strack, Providing an Alternative to Silence: Towards Greater Protection and Support for Whistleblowers in the EU. Country Report: Germany (Germany: October 2012); Transparency International (Hrsg.),

bei der Staatsanwaltschaft einzureichen (§ 158 StPO). Unter welchen Umständen AN eine Strafanzeige gegen AG einreichen oder sich außerhalb des strafrechtlichen Verfahrens an die Öffentlichkeit wenden dürfen, ohne sanktioniert zu werden, bleibt allerdings ungeklärt.<sup>4</sup> Eine statusübergreifende Regelung, welche die Voraussetzungen für zul. Veröffentlichungen von Informationen über Missstände und Straftaten im Arbeitsverhältnis klären und die divergierenden Interessen ins Verhältnis setzen würde, existiert nicht.

Die Fragmentierung des Rechtsschutzes kommt insbes. im Fehlen genereller und systematischer Rechtsdefinitionen zum Ausdruck. Es fehlt bereits an einer Begriffsbestimmung, wer eine geschützte Person im Hinblick auf das Whistleblowing ist. Es fehlt an durch den Gesetzgeber vorstrukturierten Gesichtspunkten für die Interessenabwägung von öff. Aufklärungs- und unternehmensbezogenen Geheimhaltungsinteressen, und es fehlt an einer systematischen Regelung prozeduraler Fragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen. Das Verhältnis von unternehmensinternen und externen Aufklärungswegen ist genauso ungeklärt wie die Mindestbedingungen im Hinblick auf Effektivität, Unabhängigkeit und Anonymität des Verfahrens.

Ob und inwieweit Whistleblowing von AG sanktioniert werden kann, hängt von der Auslegung der im jeweiligen Arbeitsverhältnis geltenden Vorschriften ab. Das Recht operiert in Deutschland derzeit mit unbestimmten Rechtsbegriffen, ohne den Tatbestand des Whistleblowing explizit zu bestimmen. So dürfen AG AN nicht benachteiligen, wenn diese in zul. Weise ihre Rechte ausüben (§ 612a BGB). Ob und inwieweit die Weitergabe von Informationen über Missstände und Straftaten, die AG betreffen, eine zul. Rechtsausübung darstellen kann, lässt die Norm jedoch genauso offen wie Fragen der Beweislast im Hinblick auf Nachteile, die in (zeitlichem oder sachlichem) Zusammenhang mit einem Whistleblowing stehen.

Auch für Auszubildende gibt es Regelungslücken. So sieht § 10 Abs. 2 BBiG zwar teilweise eine entspr. Anwendung arbeitsrechtlicher Regeln vor. § 13 Ziff. 6 BBiG enthält jedoch ein allg. Stillschweigensgebot, das Whistleblowing entgegenstehen kann.

Grds. können sich Whistleblower zwar auf die Grundrechte der Gewissensfreiheit (Art. 4 GG) und der Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) und u.U. auch auf Art. 17 GG (Petitionsrecht) berufen. Die Rspr. hat bislang jedoch nur in wenigen Fällen einen Schutz des Whistleblowing im Arbeitsverhältnis anerkannt. Das *BVerfG* hatte festgestellt, dass eine Strafanzeige durch einen AN gegen seinen AG allein

---

Whistleblowing in Europe. Legal Protection for Whistleblowers in the EU, November 2013, S. 47 f.; ferner Zusammenfassung bei *Beyer*, Whistleblowing in Deutschland und in Großbritannien, Frankfurt/M 2013, 67 ff.; zur internationalen Dimension siehe *Vaughn*, The Successes and Failures of Whistleblower Laws, Cheltenham 2012, S. 239 ff.; *Großbach/Born*, Die "Whistleblower"-Gesetzgebung in den USA, AuR 1989, 374.

<sup>4</sup> S. aus jüngerer Zeit *Muhs*, Beamte pfeifen auf eigenes Risiko, in: Der Personalrat 2015, 37 ff. (die Rechtsschutzlücken für Beamtinnen und Beamte identifiziert); *Herold*, Die beamtenrechtliche Zulässigkeit des 'Whistleblowing', in: ZBR 2013, S. 8 ff. (der „praktische Unsicherheiten“ und „wenig brauchbare Bewertungsmaßstäbe“ kritisiert); v. *Busekist/Fahrig*, Whistleblowing und der Schutz von Hinweisgebern, BB 2013, 119 ff. (die die Gesetzeslage im Hinblick auf ihre rechtspolitischen Ziele für hinreichend erachten); *Branahl*, Whistleblower zwischen Loyalitätspflichten und öffentlichem Informationsinteresse, in: HFR 1/2012 (der den ges. Schutz des Whistleblowing für unzureichend hält).

keinen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen darf, auch wenn das Strafverfahren letztlich eingestellt wurde.<sup>5</sup> Aufbauend auf dieser Entscheidung hat das BAG Strafanzeigen des AN gegen den AG nicht in jedem Fall als Kündigungsgrund gelten lassen, hierbei aber sehr vage Kriterien genannt:

„Der AN kann seine vertragliche Rücksichtnahmepflicht verletzen, wenn sich seine Strafanzeige gegen den AG oder dessen Repräsentanten als eine unverhältnismäßige Reaktion auf dessen Verhalten darstellt. Dabei können als Indizien für eine unverhältnismäßige Reaktion des anzeigenden AN sowohl die Berechtigung der Anzeige als auch die Motivation des Anzeigenden oder ein fehlender innerbetrieblicher Hinweis auf die angezeigten Missstände sprechen.“<sup>6</sup>

Zwar sind mittlerweile durch das Urteil des *EGMR* im Fall *Heinisch* – der *EGMR* hat die Bundesrepublik wegen der Verletzung des Art. 10 EMRK verurteilt, da eine AN nicht hinreichend vor Sanktionen im Arbeitsverhältnis geschützt wurde, obschon sie durch Whistleblowing von ihrer Meinungsfreiheit Gebrauch gemacht hatte – für das dt. Recht einige Wegweisungen gegeben worden.<sup>7</sup>

Dennoch hat auch der *EGMR* bislang nur punktuelle Vorgaben machen können.<sup>8</sup> Für einen systematisch umfassenden Schutz des Whistleblowing ist das ein erster Schritt, insg. aber noch zu wenig. Auch wenn man die für die Bundesrepublik völkerrechtlich verbindliche *EGMR*-Rspr. als Teil des dt. Whistleblowing-Rechts versteht, fehlt es an einem systematischen, kohärenten und umfassenden Schutzsystem. Die Regulierung des Whistleblowing wird der Einzelfalljurisdiktion nationaler und internationaler Gerichte übermittle. Der Gesetzgeber lässt grundrechtswesentliche Gesichtspunkte ungeregelt und im Vagen. Es finden sich keine systematischen Regelungen zum Verbot zivil- und arbeitsrechtlicher Nachteile, keine hinreichenden Regelungen zur Beweislastverteilung bei Nachteilszufügung im Zusammenhang mit Whistleblowing im Arbeitsverhältnis und keine transparente Klärung für die Zulässigkeit der Einschaltung der Öffentlichkeit. Diese Unklarheiten gehen zu Lasten der Hinweisgebenden, aber auch der Öffentlichkeit und der jeweils Beschuldigten.

## 2. Fehlende Vorgaben hinsichtlich der Meldeverfahren

Diese materiellrechtlichen Unklarheiten werden durch intransparente Verfahrensregelungen verschärft. Für AN ist nicht nur intransparent und unsicher, was wann worüber mitgeteilt werden kann, wann öff. und wann private Interessen überwiegen. Im dt. Recht ist auch nicht hinreichend systematisch geregelt, wem gegenüber Mitteilung gemacht werden kann. So fehlen ges. ausgestaltete

<sup>5</sup> BVerfG 02.07.01, 1 BvR 2049/00, AuR 2002, 187-189 = NJW 2001, 3474 ff.

<sup>6</sup> S. u.a. BAG 03.07.03, 2 AZR 235/02 und 07.12.06, 2 AZR 400/05.; dazu Strack, Whistleblowing in Germany, Fn. 3, S. 7 f.

<sup>7</sup> EGMR 21.07.11, 28274/08, *Heinisch ./. Deutschland*, AuR 2011, 355-361 (J. Schubert/Lörcher, ebd. 326); hierzu siehe C. Schubert, Whistle-Blowing after *Heinisch v. Germany*, GYIL 54 (2011), S. 753 ff.; ferner Pabel, Der grundrechtliche Schutz des Whistleblowing, in: Feik u.a. (Hrsg.), FS Walter Berka, Wien 2013, S. 161 ff.

<sup>8</sup> Details hierzu s. unten unter C.II.2.b)(2).

Meldeverfahren, die Whistleblowing regulieren und einen angemessenen Schutz für Informantinnen und Informanten, aber auch für die Betroffenen vorsehen könnten.

Es bestehen zwar eine Reihe expliziter interner und externer Beschwerderechte für AN. Diese setzen jedoch regelm. eigene Betroffenheit voraus bzw. umfassen nur eng umgrenzte Sachbereiche. So dürfen sich AN gem. § 84 Abs. 1 S. 1 BetrVG bei den zust. Stellen des jeweiligen Betriebs beschweren, wenn sie sich im Arbeitsverhältnis benachteiligt oder ungerecht behandelt fühlen. Ein internes Beschwerderecht bei Diskriminierungen ist in § 13 AGG vorgesehen. Zudem haben AN das Recht, sich in eigener Sache an die Antidiskriminierungsstelle zu wenden (§ 27 Abs. 1 AGG). Schließlich besteht ein Beschwerderecht über unzureichende Maßnahmen der AG im Bereich der Sicherheit des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz (§ 17 ArbSchG). Für Beamte gibt es ein Anzeigerecht als Ausnahme von der allg. Verschwiegenheitspflicht im Fall des begründeten Verdachts einer Korruptionsstraftat nach den §§ 331-337 StGB (§ 37 Abs. 2 Nr. 3 BeamStG, § 67 Abs. 2 Nr. 3 BBG bzw. § 37 Abs. 2 Nr. 3 BeamtenstatusG). Angehörigen der Nachrichtendienste ist es gestattet, sich in dienstlichen Angelegenheiten an das Parl. Kontrollgremium zu wenden (§ 8 PKGrG). Nach Art. 17 GG gibt es ein grundrechtlich abgesichertes Petitionsrecht.

In der Summe bewirken diese Einzelregelungen keinen systematischen Schutz und keine klare Verfahrensregulierung. Sie belassen zentrale Begriffe im Unklaren. Das gefährdet hinweisgebende und belastete Personen gleichermaßen. Diese Unsicherheiten schränken den Zugang der Öffentlichkeit im Ergebnis ein. Insbes. bleibt unsicher, wann der Weg an die Öffentlichkeit über externe Hinweisgebung gestattet und wann ein vorheriger interner Hinweis verpflichtend ist.<sup>9</sup>

Die Rechtsunsicherheit in dieser für die Rechtmäßigkeit des Whistleblowing zentralen Frage wird durch Codes of Conduct und Ethikrichtlinien auf Unternehmensebene noch gesteigert.<sup>10</sup> Das Verhältnis der unternehmensinternen Anreizsysteme, die internes Whistleblowing befördern sollen,<sup>11</sup> zu den öff. Meldeverfahren ist ungeklärt. In der Rspr. des BAG ist ein Kriterium für die Schutzwürdigkeit des Whistleblowing, ob interne Meldeverfahren genutzt wurden.<sup>12</sup> Das birgt die Gefahr, dass es dann letztlich die UN in der Hand hätten, durch Etablierung interner Verfahren – deren Effektivität, Anonymität und Unabhängigkeit durch den Gesetzgeber nicht vorgegeben sind – Meinungsfreiheit und öff. Diskussion einzuschränken. Im Extremfall könnte dann der Gang an die Öffentlichkeit durch die Einrichtung interner Scheinverfahren verhindert werden.

Hinzu kommt, dass interne Meldesysteme – wie zB. Whistleblower-Hotlines – sich zwar in einigen Fällen als nützliches Instrument zur Beseitigung betriebsinterner Missstände bewähren und damit Unternehmensinteressen befördern können. Interne Kontrollsysteme bergen allerdings die Gefahr, gerade iVm. unternehmensinternen Ethik-Richtlinien, welche AN zur Meldung von jeglichen Verstößen gegen diese

<sup>9</sup> Siehe das Plädoyer für die Achtung des Arbeitgeberinteresses an Wahrung „geschäftlicher Interessen“ bei *Wiebauer*, Whistleblowing im Arbeitsschutz, NZA 2015, 22 ff.

<sup>10</sup> *Schulz*, Ethikrichtlinien und Whistleblowing. Arbeitsrechtliche Aspekte der Einführung eines Compliance-Systems, Frankfurt/M 2010, 67 ff.

<sup>11</sup> *Briegel*, Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 81 ff.

<sup>12</sup> BAG, Fn. 6.



Richtlinien unter Wahrung der Anonymität verpflichten, dass hierdurch die Kontrolle der AG über die Belegschaft erweitert wird. Eine mögliche Konsequenz solcher Strukturen kann sein, dass die internen Kommunikationskanäle dafür genutzt werden, kritische AN einzuschüchtern und sie vom Gang an die Öffentlichkeit abzuhalten. Im Ergebnis kann das wiederum dazu führen, dass sich interne und externe Meldeverfahren nicht komplementär zueinander verhalten, sondern dass erstere die Effektivität der externen Meldeverfahren und letztlich den Schutz der Meinungsfreiheit untergraben.

Die Unsicherheiten für hinweisgebende und von Hinweisen betroffene Personen sind wegen des ungeklärten Zusammenspiels interner und externer Meldeverfahren evident und existenziell. Whistleblowing setzt idR. ein hohes Maß an Zivilcourage voraus<sup>13</sup> und bleibt selten frei von negativen betrieblichen Folgen. Die Unsicherheit, die aus der mangelnden Verfahrensregulierung resultiert, belastet AN zusätzlich. Sie belastet aber auch die von den Hinweisen Betroffenen, da der Gesetzgeber nicht hinreichend ausgestaltet hat, welche rechtsstaatlichen Anforderungen an unternehmensinterne Kontrollsysteme zu stellen sind. Das gefährdet im Ergebnis die Verfahrensrechte nicht nur der hinweisgebenden, sondern auch der belasteten Personen. Die Gestaltung des Verhältnisses von internen und externen Meldesystemen wirft schwerwiegende Fragen im Hinblick auf die in Art. 5 GG und Art. 10 EMRK geschützten Grundrechte auf, die einer klärenden ges. Regelung bedürfen, da sie grundrechtswesentlich sind.

### 3. Unbestimmte Voraussetzungen bei der Strafbarkeit

All diese Rechtsunsicherheiten werden potenziert durch die vom Gesetzgeber zu verantwortende Unklarheit im Hinblick auf eine mit Whistleblowing verbundene Strafbarkeit. Das dt. Recht beinhaltet eine Reihe von Vorschriften, die hinweisgebende Personen dem Verdacht einer Straftat aussetzen können. Diese betreffen das Verbot der Preisgabe von Staats- (§§ 93 ff. StGB) und Dienstgeheimnissen (§ 353b StGB). Diese Straftatbestände enthalten keine expliziten Ausnahmen, die Whistleblowing rechtfertigen könnten. Die Begriffe sind unklar, wie zuletzt die Anschuldigungen gegen netzpolitik.org wegen Landesverrats (§ 94 StGB) gezeigt haben, im Rahmen derer erst nach einem Gutachtenstreit die Rechte der Öffentlichkeit angemessen akzentuiert werden konnten.<sup>14</sup> Auch daraus wird in der Literatur geschlussfolgert, dass man Hinweisgebenden

„nicht wirklich guten Gewissens raten [kann], sich zu trauen, Missstände öff. anzuprangern. Neben den arbeitsrechtlichen Folgen des *Whistleblowing* wird im Schrifttum zu Recht betont, dass auch die strafrechtlichen Folgen des *Whistleblowing* nicht zu unterschätzen seien.“<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Teubner, Whistleblowing gegen den Herdentrieb?, in: Becker u.a. (Hrsg.), Ökonomie der Werte, Marburg 2013, S. 39 ff.; Deiseroth, Zivilcourage am Arbeitsplatz – „Whistleblowing“, in: Meyer u.a. (Hrsg.), Zivilcourage lernen, Bonn 2004, S. 124 ff.

<sup>14</sup> Fischer, Innenministerium war doch umfassend informiert, in: Die ZEIT v. 06.08.15.

<sup>15</sup> Weichselbaum, Whistleblowing. Der Meinungsfreiheit vertrauen und sich trauen?, in: Jahrbuch Menschenrechte 2012/2013, S. 213 ff. (226), m.w.N.

Diese Unsicherheit betrifft nicht nur die hinweisgebende Person. Auch für Journalist/innen – und damit die Pressefreiheit – und für die von den Hinweisen betroffenen Personen ist die Lage in grundrechtsrelevanter Weise ungeklärt. Die sich in dieser Kollisionslage stellenden Rechtsfragen sind durch den Gesetzgeber nur unzureichend ges. beantwortet. Der Gesetzgeber kommt hier insbes. seiner aus den Grundrechten der Meinungs- und Pressefreiheit resultierenden Gestaltungsverantwortung nicht hinreichend nach.

#### 4. Zwischenergebnis

Das dt. Recht ist im Hinblick auf den Schutz hinweisgebender Personen insg. dadurch geprägt, dass bereichsspezifische Spezialregelungen parallel gelten, über die je punktuell interveniert wird. Die einzelnen Sonderfälle werden nicht koordiniert geregelt, ein systemübergreifendes Politikziel ist nicht auszumachen.<sup>16</sup> Zentrale Aspekte – wie die Frage, welche Kriterien bei der Abwägung zwischen unternehmerischen bzw. staatlichen Geheimhaltungsinteressen und öff. Aufklärungsinteresse im Fall von Whistleblowing zu berücksichtigen und wie diese im Einzelfall zu gewichten sind, welche Meldeverfahren (intern oder extern) zu nutzen sind, wie der Schutz vor Nachteilen im Arbeitsverhältnis gestaltet werden kann – bleiben ungeklärt.

Die Risiken für die von Hinweisen Betroffenen, aber auch für die jeweiligen AN, sich durch einen Hinweis strafbar zu machen oder den Arbeitsplatz durch verhaltensbedingte Kündigung des AG zu verlieren, sind hoch. Die Unsicherheit betrifft nicht nur Beschäftigte privater UN, sondern auch Angestellte des ö.D. So hat der wiss. Dienst des Schleswig-holsteinischen Landtags im vergangenen Jahr festgestellt,

„dass in Ermangelung einer ges. Grundlage, die die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Whistleblowing normiert, eine Rechtsunsicherheit – auch für Angestellte des Landes oder der Kommunen – verbleibt.“<sup>17</sup>

Seither hat es in dieser Hinsicht keine Klärungen gegeben. Der Prüfauftrag des Koalitionsvertrages im Hinblick auf die internationalrechtliche Lage bleibt unerfüllt. Gesetzesinitiativen der Opposition im Jahr 2014<sup>18</sup> haben – wie bereits ein gemeinsamer Vorschlag der Bundesministerien für Justiz, Arbeit und Landwirtschaft in 2008<sup>19</sup> und eine Bundesratsinitiative des Landes Berlin in 2011<sup>20</sup> – nicht dazu

<sup>16</sup> Überblick bei *Aschauer*, Whistleblowing im Arbeitsrecht, Wien 2012, S. 201 ff.

<sup>17</sup> Wiss. Dienst (Landtag SchlH), Umdruck 18/3198 v. 22.07.14, S. 13.

<sup>18</sup> BT-Drs. 18/3043 v. 04.11.14 und BT-Drs. 18/3039 v. 04.11.14 und die darauf bezogenen Stellungnahmen im Ausschuss Arbeit und Soziales des BT (Ausschuss-Drs. 18(11)321 v. 11.03.15).

<sup>19</sup> Ausschuss-Drs. 16(10)849; siehe hierzu *Becker*, Whistleblowing. Anzeigerecht und Anzeigepflicht des Arbeitnehmers in der Privatwirtschaft, 162 ff.; *Berthold*, Whistleblowing in der Rspr. des BAG, Frankfurt/M 2010, 94 ff.

<sup>20</sup> BR-Drs. 534/11 v. 06.09.11.



geführt, dass der Gesetzgeber seiner Ausgestaltungsverantwortung im Hinblick auf Regulierung des Whistleblowing nachgekommen wäre.

### III. Whistleblowing im internationalen Recht

Ganz im Gegensatz zur rechtspolitischen Stagnation in Deutschland finden sich auf transnationaler Ebene zahlreiche rechtspolitische Initiativen (hierzu 1.) und internationale Konventionen (hierzu 2.), die auf Regulierung des Whistleblowing zielen.

#### 1. Rechtspolitische Initiativen

Maßgebliche rechtspolitische Impulse gehen auf NGOs zurück. So hat Transparency International Grundprinzipien zur Regulierung des Whistleblowing vorgelegt.<sup>21</sup> Mehr als 20 NGOs haben am 12.06.13 in Tshwane, Südafrika, „Weltweite Prinzipien zur nat. Sicherheit und dem Recht auf Informationen (Tshwane Prinzipien)“ beschlossen, die insbes. eine Strukturierung der Abwägung von Geheimhaltungs- und Veröffentlichungsgesichtspunkten vorschlägt.

Auf supranationaler Ebene hat das Europaparlament (EP) im Oktober 2013 die EU-Kommission dazu aufgefordert,

„einen Gesetzgebungsvorschlag vorzulegen, der für den privaten und den öff. Sektor ein wirksames und umfassendes eur. Schutzprogramm für Personen vorsieht, die Missmanagement und Unregelmäßigkeiten aufdecken und Hinweise zu Korruption im Zusammenhang mit nat. und grenzüberschreitenden Belangen und finanziellen Interessen der EU geben, und insbes. für Zeugen, die gegen mafiöse und andere kriminelle Organisationen aussagen, und das vor allem eine Lösung für ihre schwierigen Lebensbedingungen bietet (vom Risiko von Vergeltungsversuchen bis zur Isolierung von der Familie oder von der räumlichen Entwurzelung bis zur sozialen und beruflichen Ausgrenzung); fordert die Mitgliedstaaten (MS) auch auf, einen geeigneten und wirksamen Schutz für Informanten einzurichten“.<sup>22</sup>

Neben diesen zivilgesellschaftlichen und supranationalen Impulsen sind die völkerrechtspolitischen Initiativen im Rahmen der G20 und des Europarats für die dt. Rechtsgestaltung von besonderer Bedeutung.

<sup>21</sup> *Transparency International*, Recommended Draft Principles for Whistleblowing Legislation, November 2009; siehe ferner *Wolfe* u.a., Whistleblower Protection Laws in G20 Countries. Priorities for Action, September 2014.

<sup>22</sup> EP, Entschließung 2013/2107/INI v. 23.10.13, Ziff. 14; der RL-Entwurf der EU-Kommission zum Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung (COM(2013)813final) setzt diese Initiative des EP nicht um. Der COM-Entwurf ist vor dem Hintergrund der in Art. 11 GRC geschützten Meinungsfreiheit äußerst problematisch, da der Begriff des Geschäftsgeheimnisses zu weit gefasst und der Schutz von AN nicht hinreichend ausgestaltet ist. Das Mindestniveau des Whistleblowingschutzes im EU-Recht ist aufgrund des Art. 52 Abs. 3 GRC Art. 10 EMRK zu entnehmen.

## a) G 20

Im Rahmen der G20 stellt der – von Deutschland mitverabschiedete – Anti-Korruptions-Aktionsplan als Teil der Abschlusserklärung des Gipfels in Seoul v. 12.11.10 (Annex III Nr. 7) die Forderung nach einem wirksamen Schutz von Hinweisgebenden auf:

“To protect whistleblowers, who report in good faith suspected acts of corruption, from discriminatory and retaliatory actions, G20 countries will enact and implement whistleblower protection rules by the end of 2012. To that end, building upon the existing work of organizations such as the OECD and the World Bank, G20 experts will study and summarize existing whistleblower protection legislation and enforcement mechanisms, and propose best practices on whistleblower protection legislation.”<sup>23</sup>

Der Anti-Corruption Action Plan 2013-2014 wiederholt in Ziff. 9 die Aufforderung an die Staaten, den Schutz der Whistleblower ges. zu verankern:

“The G20 countries that do not already have whistleblower protections will enact and implement whistleblower protection rules drawing on the principles developed in the Working Group, for which Leaders expressed their support in Cannes and also take specific actions, suitable to the jurisdiction, to ensure that those reporting on corruption, including journalists, can exercise their function without fear of any harassment or threat or of private or government legal action for reporting in good faith.”<sup>24</sup>

Die lediglich punktuellen Schutzvorschriften im dt. Recht genügen diesen rechtspolitischen Vorstellungen im Rahmen der G20 nicht. Das wird auch an Erklärungen im Zusammenhang mit dem Gipfel in *Cannes* 2011 deutlich. Hier hatte die nach Seoul eingerichtete Arbeitsgruppe einen ersten Fortschrittsbericht zum Aktionsplan gegen Korruption vorgelegt. Darin findet sich in Ziff. 13 zum Thema Whistleblowing ua. die Formulierung:

“G20 countries have committed to enact and implement whistleblower protection rules by the end of 2012. Thirteen G20 countries already have

<sup>23</sup> Dt. Übersetzung: „Um Hinweisgeber, die gutgläubig einen Verdacht auf Korruption melden, vor Diskriminierung und Vergeltungsmaßnahmen zu schützen, werden die G20-Staaten bis Ende 2012 Regeln zum Whistleblower-Schutz erlassen und umsetzen. Zu diesem Zweck, und unter Rückgriff auf Arbeitsergebnisse von Organisationen wie der OECD und der Weltbank, werden Experten der G20-Staaten Whistleblowerschutzgesetze und Sanktionsmechanismen prüfen, zusammengefasst darstellen und Best Practices für eine Whistleblowerschutzgesetzgebung vorschlagen.“

<sup>24</sup> Dt. Übersetzung: „Die G20-Staaten, welche bislang keinen Hinweisgeberschutz haben, werden aufgefordert, entspr. Regelungen zu verabschieden und umzusetzen, gestützt auf die Leitlinien, die in den Arbeitsgruppen entwickelt und von den Vorsitzenden akzeptiert wurden. Sie sind verpflichtet, gerichtliche Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass Whistleblower, welche auf Korruption hinweisen, dies ohne Angst vor Belästigungen oder Sanktionen tun können, solange sie im guten Willen handeln.“

relevant whistleblower protection legislation in place for the private sector, and fourteen for the public sector. Many countries are in the process of strengthening existing whistleblower protection measures or introducing legislation.”

Deutschland war bei jenen Staaten, die bereits über adäquate Schutzgesetze verfügten, nicht genannt. Der Aufforderung, den Schutz des Whistleblowing bis 2012 zu stärken, ist Deutschland bis heute nicht nachgekommen. In *Cannes* hatten die G20 auch ein Kompendium zum Schutz des Whistleblowing bei der OECD in Auftrag gegeben, die dieses im Jahr darauf vorlegte.<sup>25</sup> Das Ziel der Maßnahmen des Schutzes von Whistleblowern, so heißt es darin, sei:

“Encouraging and facilitating whistleblowing, in particular by providing effective legal protection and clear guidance on reporting procedures”.<sup>26</sup>

Nur ein über einen punktuellen Schutz hinausgehendes systematisches Konzept zum Schutz des Whistleblowing entspricht demnach den rechtspolitischen Vorstellungen von OECD und G20. Im dt. Recht haben sich diese Bemühungen um einen systematischen Schutz allerdings bislang nicht hinreichend niedergeschlagen.

## **b) Europarat**

Auch auf regionaler Ebene finden sich völkerrechtspolitische Entwürfe mit dem Ziel der Intensivierung des Schutzes für Whistleblower. Für Deutschland sind insbes. die Aktivitäten im Rahmen des Europarats von Relevanz.

### **(1) Parlamentarische Versammlung**

Die Parl. Versammlung des Europarats hat 2010 die Entschließung 1729 verabschiedet. In ihr werden alle MS des Europarats, also auch Deutschland<sup>27</sup>, aufgefordert, ihre Gesetzgebung betr. den Schutz von Whistleblowern unter Beachtung einer Reihe von Leitsätzen zu überprüfen und den Schutz für Whistleblowing zu stärken.<sup>28</sup> In einer jüngeren Entschließung aus dem Mai 2015 hat die Versammlung empfohlen, auch Mitarbeiter von Geheimdiensten zu schützen, wenn sie illegale Aktivitäten aufdecken:

“In view of the disclosures concerning mass surveillance and intrusions of privacy carried out by the United States Nat. Security Agency and other intelligence agencies, which affect communications of numerous persons who

<sup>25</sup> OECD, G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of Whistleblowers. Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation, 2012.

<sup>26</sup> Ebd., Ziff. 2.

<sup>27</sup> BGBl. 1950 S. 263; 1954 II S. 1126.

<sup>28</sup> Entschließung 1729 (2010) v. 29.04.10; siehe auch Ausschuss für Recht und Menschenrechte der Parl. Versammlung des Europarats, Der Schutz von „Whistleblowern“, Dok. 12006 (14. September 2009).

are not suspected of any wrongdoing, the committee considers that whistle-blower protection measures should cover all individuals who denounce wrongdoings which place fellow human beings at risk of violations of their rights protected under the European Convention on Human Rights, including persons working for nat. security or intelligence agencies. Given the importance of whistle-blowing to ensure that legal limits placed on mass surveillance are respected and the international ramifications of whistle-blowing in the field of nat. security or intelligence, whistleblowers (including employees of relevant government agencies or private contractors), whose disclosures are otherwise in line with Resolution 1729 (2010), Committee of Ministers Recommendation CM/Rec(2014)7 or the Tshwane Principles as supported by Resolution 1954 (2013), should be granted asylum in a member State of the Council of Europe when they are persecuted in their home country.”<sup>29</sup>

Die Stellungnahmen der Parl. Versammlung akzentuieren Whistleblowing als Mechanismus zur Herstellung von Öffentlichkeit. Die Funktion des Whistleblowing erschöpft sich daher nicht in der wirksamen Korruptionsbekämpfung oder der Aufdeckung von Bestechung. Whistleblowing hat vielmehr eine polygonale Dimension und dient auch und gerade den Interessen einer demokratischen Öffentlichkeit. Die Bundesrepublik bleibt eine diesen Zielen und Vorgaben entspr. systematische Regulierung zum Schutz des Whistleblowing schuldig. Insbes. im Bereich der Sicherheitspolitik sind Whistleblower Unsicherheiten ausgesetzt, die es zu beseitigen gilt.<sup>30</sup>

## (2) GRECO

Neben der Parl. Versammlung hat sich die Staatengruppe gegen Korruption (GRECO) im Rahmen des Europarats der Intensivierung des Schutzes von Whistleblowern gewidmet und insbes. betont, dass der Schutz des Whistleblowing nur bei einem integrierten Ansatz gewährt werden kann, der

“measures in such areas as awareness-raising, guidance and support, institutional arrangements and administrative procedures, enforcement measures, compensation mechanisms etc.”<sup>31</sup>

beinhaltet. Lediglich punktuelle Schutznormen wie im dt. Recht sind nicht hinreichend effektiv und widersprechen den Vorstellungen im Rahmen der GRECO.

<sup>29</sup> Empfehlung 13791 v. 19.05.15, S. 1.

<sup>30</sup> Siehe die Beiträge in *Deiseroth/Falter*, Whistleblowing in der Sicherheitspolitik, Berlin 2014; ferner *Fischer-Lescano*, Mäßigung der Verhältnismäßigkeit. Whistleblowing im transnationalen Recht, in: *Calliess* (Hrsg.), Transnationalisierung des Rechts, Tübingen 2014, S. 435 ff.

<sup>31</sup> Siehe Zusammenfassung von *Speckbacher*, The protection of whistleblowers in the light of GRECO's work, 20.03.09, Ziff. 37.

### (3) Ministerkomitee

Schließlich hat das Ministerkomitee des Europarats Empfehlungen zur Regulierung des Whistleblowing abgegeben. So hatte zunächst der Eur. Ausschuss für rechtliche Zusammenarbeit, einer der Lenkungsausschüsse des Ministerkomitees nach Art. 17 der Europarats-Satzung, 2012 eine Studie zur Durchführbarkeit eines Rechtsinstruments zum Schutz von Whistleblowern erstellt.<sup>32</sup> An diesen Bericht knüpften die Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats, gestützt auf Art. 15 lit. b) der Satzung des Europarats, an.<sup>33</sup> Das Ministerkomitee erlässt in seinen Empfehlungen 29 Prinzipien und betont, dass Whistleblowing eine Form der Ausübung des eur. Grundrechts auf Meinungsfreiheit darstellt. Das Ministerkomitee ermuntert darin die Staaten nicht nur zur Schaffung kostenloser Beratungsangebote für Whistleblower und zu Aufklärungskampagnen über die positiven Effekte von Whistleblowing, sondern stellt daneben sehr konkrete Regelungen vor, die einen Schutz von Whistleblowern ermöglichen und die nat. Gesetze beachten sollen:

- So sollen die Gesetze die Minimalbedingungen des öff. Interesses festlegen (Ziff. 3 der Empfehlungen: „zumindest die Gesetzes- und Menschenrechtsverletzungen sowie die Gefahren für die öff. Gesundheit und Sicherheit und für die Umwelt“).
- Der Schutz von Whistleblowern soll statusübergreifend, also unabhängig von der Art des Arbeitsverhältnisses, erfolgen und Whistleblowing durch bezahlte und unbezahlte, gegenwärtige und frühere Beschäftigte sowohl in der Privatwirtschaft als auch im öff. Sektor umfassen (Ziff. 3-6).
- Der gesetzgeberische Ansatz soll umfassend und kohärent sein und mehrere interne und externe Meldemöglichkeiten schaffen (Ziff. 7-17).
- Die nat. Instanzen haben die Pflicht, unabhängige Untersuchungen einzuleiten (Ziff. 19-20).
- Der Schutz der Identität der Whistleblower und die Vertraulichkeit der Kommunikation ist zu gewährleisten (Ziff. 18).
- Whistleblower sollen vor Repressalien geschützt werden (Ziff. 21 ff.).
- Bei Nachteilen, die die Whistleblower in laufenden Arbeitsbeziehungen erleiden, soll eine Beweislastumkehr gelten, nach der der jeweilige AG zu beweisen hat, dass die erlittenen Nachteile keine Sanktionierung des Whistleblowing darstellen (Ziff. 25).

Diesen Empfehlungen und rechtspolitischen Desiderata kommt das dt. Recht mit seinen fragmentierten und punktuellen Einzelvorschriften zum Schutz des Whistleblowing derzeit nicht annähernd nach.

---

<sup>32</sup> *Stephenson/Levi*, Der Schutz von „Whistleblowern“: Bericht über eine Studie zur Durchführbarkeit eines Rechtsinstruments zum Schutz von Beschäftigten, die Informationen im öff. Interesse verbreiten, CDCJ (2012) 9FIN.

<sup>33</sup> Ministerkomitee, Empfehlungen v. 30.04.14, AuR 2015, 16; siehe hierzu auch Europarat, Der Schutz von Whistleblowern. Erläuternder Bericht zur Empfehlung, 2014.

## 2. Internationale Verträge

Neben den rechtspolitischen Empfehlungen können sich konkrete rechtliche Umsetzungspflichten daraus ergeben, dass die BRD durch internationale Verträge zum Schutz von Whistleblowern verpflichtet ist.

### a) Universelle Ebene

Auf universeller Ebene sind mit der UN-Konvention gegen Korruption (hierzu (1)), der OECD-Konvention zur Bestechungsbekämpfung (hierzu (2)) und dem ILO-Übereinkommen 158 (hierzu (3)) drei spezielle Konventionen in Kraft, aus denen sich ggf. Rechtswirkungen für Deutschland ergeben. Unter den menschenrechtlichen Konventionen schützt der UN-Zivilpakt die Meinungsäußerungsfreiheit. Hieraus sind Vorgaben für die Ausgestaltung des Whistleblowingschutzes zu entnehmen (hierzu (4)).<sup>34</sup>

#### (1) UN-Konvention gegen Korruption (UNCAC)

Mit Gesetz v. 27.10.14 zum UN-Übereinkommen v. 31.10.03 gegen Korruption (United Nations Convention against Corruption – UNCAC) hat Deutschland die UNCAC ratifiziert.<sup>35</sup> Am 12.12.14 ist das Abkommen für Deutschland in Kraft getreten (Art. 68 Abs. 2 UNCAC).<sup>36</sup> Es enthält die Pflicht, eine Reihe von Korruptionstatbeständen (Art. 15 bis 25 UNCAC) unter Strafe zu stellen. Zudem zielt die Konvention in Art. 8 IV UNCAC explizit auf den Schutz von Whistleblowing durch Amtsträger:

„Jeder Vertragsstaat erwägt ferner, in Übereinstimmung mit den wesentlichen Grundsätzen seines innerstaatlichen Rechts Maßnahmen zu treffen und Regelungen vorzusehen, die es Amtsträgern erleichtern, den zuständigen Behörden Korruptionshandlungen zu melden, wenn ihnen solche Handlungen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben bekannt werden.“

Daneben verlangt die Konvention gem. Art. 13 UNCAC Sicherstellung des Schutzes der Öffentlichkeit, in Art. 32 UNCAC Etablierung eines Zeugen- und Expertenschutzes und in Art. 33 UNCAC generelle Schutzvorkehrungen für Hinweisgeber:

<sup>34</sup> Vgl. Überblick bei *Banisar*, Whistleblowing: International Standards and Developments, in: *Sandoval* (Hrsg.), Corruption and Transparency: Debating the Frontiers between State, Market and Society, World Bank Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C. 2011, S. 7 ff.; zum Recht der UN und der Spruchpraxis in diesem Kontext s. *Shockley*, Ethics and the United Nations International Civil Servant: The Jurisprudence of the United Nations Dispute Tribunals and the United Nations Appeals Tribunal on Workplace Retaliation – The Rights of the 'Whistleblower' in the United Nations, in: *Southwestern Journal of International Law* 20 (2013), S. 1 ff.; *Poitevin*, Whistleblowers and the mainstreaming of a protection within the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, 07.02.14, abrufbar via (letzter Abruf 20.09.15): [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2395470](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2395470).

<sup>35</sup> BGBl. 2014 II S. 762, 763

<sup>36</sup> BGBl. 2015 II S. 140.



„Jeder Vertragsstaat erwägt, in seiner innerstaatlichen Rechtsordnung geeignete Maßnahmen vorzusehen, um Personen, die den zuständigen Behörden in redlicher Absicht und aus hinreichendem Grund Sachverhalte betreffend in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen umschriebene Straftaten mitteilen, vor ungerechtfertigter Behandlung zu schützen.“

Die BReg. meint, so stellte sie es bei der Einbringung des Umsetzungsgesetzes zur UN-Antikorruptionskonvention im Juli 2014 dar, den internationalrechtlichen Anforderungen jedenfalls dieser Konvention sei durch das dt. Recht bereits Genüge getan. Der Schutz des Whistleblowing in Deutschland entspreche den Vorgaben der UNCAC:

„Die Anregung des Übereinkommens ist in Deutschland bereits umgesetzt [...] Der Schutz von Hinweisgebern wird derzeit außerdem im Hinblick auf sonstige internationale Vorgaben geprüft.“<sup>37</sup>

An dieser Einschätzung ist richtig, dass Art. 8 und 33 UNCAC, auf die sich o.g. Ausführung der BReg. beziehen, nur Normerlassanregungen darstellen.<sup>38</sup> Die Normen sind inhaltlich nicht-obligatorisch, auch wenn eine systematische Prüfung verpflichtend ist.<sup>39</sup> Nun ist zwar eine solche systematische Prüfung bislang in Deutschland nicht erfolgt, und die apodiktische Feststellung in der Begründung zum Umsetzungsgesetz genügt dem Auftrag aus Art. 8 und 33 UNCAC jedenfalls nicht. Diese Verletzung der völkerrechtlichen Prüfungspflicht, so evident sie auch ist, heißt für die materielle Regulierung des Whistleblowing aber zunächst einmal nicht, dass die BRD auch hier vertragsbrüchig wäre. Eine solche Vertragsbrüchigkeit müsste sich aus den inhaltlichen Normen selbst ergeben. Diese sind daher auszulegen, um den Umfang der sich aus ihnen ergebenden Verpflichtung zu bestimmen.

Die Auslegung der UNCAC muss den gewohnheitsrechtlich anerkannten Auslegungsgesichtspunkten der Wiener Vertragsrechtskonvention (Art. 31 WVK) folgen. Danach ist der Ausgang der Wortlaut des Vertrages, verbunden mit systematisch-teleologischen Erwägungen, Art. 31 Abs. 1 WVK:

„Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.“

<sup>37</sup> BT-Drs. 18/2138 v. 17.07.14, S. 74; s. auch ebd., S. 86.

<sup>38</sup> *Soltes*, Facilitating Appropriate Whistleblowing. Examining Various Approaches to what Constitutes Fact to Trigger Protection under Article 33 of the United Nations Convention against Corruption, in: *Am.U.Int'l.L.Rev.* 27 (2012), S. 925 ff. (928); vgl. zu den nat. Differenzen *Callahan* u.a., Whistleblowing. Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest, in: *Virginia Journal of International Law* 44 (2004), S. 880 ff.

<sup>39</sup> *Carr/Lewis*, Combating Corruption through Employment Law and Whistleblower Protection, *Industrial Law Journal* 39 (2010), S. 52 ff., und s. ferner *Wouters* u.a., International Legal Framework against Corruption: Achievements and Challenges, in: *Melb. J. Int'l L.* 14 (2013), S. 205 ff.

Mit anderen Worten: Vorgaben zur Whistleblowing-Regulierung sind möglicherweise nicht alleine dem Wortlaut der Art. 8 und 33 UNCAC zu entnehmen. Gefragt ist vielmehr eine teleologische Auslegung der UNCAC in ihrem systematischen Zusammenhang. Die UNCAC stellt neben dem Auftrag, den nat. Whistleblowerschutz auf seine Effektivität zu überprüfen, in systematisch mit Art. 33 UNCAC in Zusammenhang stehenden Normen – insbes. Art. 13 und 32 UNCAC – Anforderungen auf, die in von dem UN Office on Drugs and Crime (UNODC) zu verantwortenden Arbeiten konkretisiert werden, so dem Technical Guide, dem Legislative Guide und zuletzt dem Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons.<sup>40</sup> Auch die Empfehlungen, die im Rahmen der Implementierung der UNCAC im Hinblick auf Staatenberichte an die Konferenz der Vertragsstaaten nach Art. 63 UNCAC abgegeben wurden, konkretisieren die Rechtspflichten aus dieser Konvention im Hinblick auf Whistleblowing weiter.<sup>41</sup> Im Hinblick auf die Anforderungen, die sich aus der systematischen Gesamtschau der UNCAC und den hierzu ergangenen Konkretisierungen in der Vertragspraxis ergeben, die nach Art. 31 Abs. 3 lit. b) WVK („Ausser dem Zusammenhang sind in gleicher Weise zu berücksichtigen [...] b) jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht“) ebenfalls für die Auslegung dieses Völkerrechtsvertrages zu berücksichtigen ist, ist die dt. Rechtslage gleich mehrfach defizitär:

#### **(a) Systematischer Schutz des Whistleblowing**

In der Vertragspraxis der UNCAC werden die Staaten in Anwendung dieser systematischen Zusammenschau von Art. 8, 13, 32 und 33 UNCAC regelm. dafür kritisiert, dass sie den nach der UNCAC gebotenen Schutz des Whistleblowing nicht etabliert haben und

„have not established comprehensive whistle-blower protection programmes“.<sup>42</sup>

Hierbei betont die Konferenz der Vertragsstaaten besonders, dass

„the existence of piecemeal and fragmented provisions does not contribute to the afforded protection.“<sup>43</sup>

In der Vertragspraxis der UNCAC wird diese Pflicht, einen umfassenden und kohärenten Schutzansatz zu verfolgen, darum nicht aus Art. 33 UNCAC allein,

<sup>40</sup> UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, New York 2015; UNODC, Technical Guide to the UNCAC, Wien 2009; UNODC, Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption, Wien 2006.

<sup>41</sup> S. Zusammenfassung der Empfehlungen zum Schutz des Whistleblowing in: Conference of the State Parties to the UNCAC, State of Implementation of the UNCAC, Panama City 29.11.13, CAC/COSP/2013/CRP.7, S. 80 ff.

<sup>42</sup> Conference of the State Parties to the UNCAC, State of Implementation of the UNCAC, Fn. 41, S. 80.

<sup>43</sup> Ebd.

sondern aus einer Gesamtschau der schutzbezogenen Normen hergeleitet. In dieser Hinsicht ist im Hinblick auf die dt. Rechtslage zu bemängeln, dass dem integrierten Schutzansatz der UNCAC bislang nicht hinreichend Beachtung geschenkt wird. Art. 33 komplettiert die obligatorischen Vorschriften zum Zeugen- und Expertenschutz, wie sie in Art. 32 UNCAC vorgesehen sind. So verpflichten sich die Vertragsstaaten nach Art. 32 Abs. 1 UNCAC zur Ergreifung von geeigneten

„Maßnahmen, um Zeugen und Sachverständigen, die über in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen umschriebene Straftaten aussagen, sowie ggf. ihren Verwandten und anderen ihnen nahe stehenden Personen wirksamen Schutz vor möglicher Vergeltung oder Einschüchterung zu gewähren.“

Diese verbindlichen Vorgaben verpflichten zum Schutz von Whistleblowern nicht nur dann, wenn sie als Zeugen für Gerichtsverfahren relevant sind.<sup>44</sup> Der obligatorische Schutzauftrag geht vielmehr darüber hinaus. Nach dem Technical Guide sollen vom obligatorischen Schutz des Art. 32 UNCAC umfasst sein:

„all persons that can provide law enforcement bodies and courts with expertise whether during an investigation or as witnesses in court. They should be afforded the same range of protection measures applied to witnesses.“<sup>45</sup>

Daraus ergibt sich die Verpflichtung, auch Whistleblower in den Quellenschutz einzubeziehen und

“procedural safeguards to protect the source”<sup>46</sup>

zu entwickeln. Diese Schutzvorschriften sind im dt. Recht weder hinreichend systematisch angelegt noch schützen die einzelnen Normen die Hinweisgeber in der Breite, wie dies Art. 32 iVm. Art. 33 UNCAC vorgibt. So etabliert zwar § 68 StPO einen Zeugenschutz. Dieser gilt aber nur für strafrechtliche Verfahren. Der Experten-, Zeugen- und Hinweispersonenschutz, auf den Art. 32 und 33 UNCAC zielen, geht aber über Strafverfahren hinaus und erfordert auch für andere Verfahrensgestaltungen, insbes. auch zivilrechtlicher Art, Schutzmaßnahmen für Whistleblower.<sup>47</sup>

## **(b) Verbot von Rechtsnachteilen**

Zu den nach UNCAC gebotenen Schutzmaßnahmen gehört nicht nur die Staatenpflicht, die körperliche Integrität von Hinweisgebenden zu schützen. Vielmehr

<sup>44</sup> UNODC, Technical Guide to the UNCAC, Fn. 40, S. 105.

<sup>45</sup> UNODC, Technical Guide to the UNCAC, Fn. 40, S. 102.

<sup>46</sup> UNODC, Technical Guide to the UNCAC, Fn. 40, S. 25.

<sup>47</sup> UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 40, S. 23 ff.

hat die Konferenz der Vertragsstaaten in der Vertragspraxis der UNCAC mehrfach betont, dass es zu den Pflichten aus der Konvention gehört, Nachteile für AN zu verhindern, die auf Whistleblowing zurückzuführen sind:

“A clear delineation of a reporting person’s rights and special measures for the enhancement of his/her protection are needed, including the explicit prohibition of discriminatory transfer, reassignment, demotion, pay cut, suspension from employment, dismissal, forced retirement, or any other professional disadvantage that may follow a whistle-blower report; and eventually shifting the burden of proof in related labour proceedings to the employer. In addition, it may be helpful, as one State party has done, to have a special agency in place to which persons can bring their own actions or complaints of adverse treatment, as well as to explore ways to expedite access to existing protection mechanisms and remove cumbersome processes.”<sup>48</sup>

Verfahrensrechtlich ist diese Schutzpflicht, darauf weisen die Richtlinien des UNODC zur UNCAC explizit hin, durch eine Beweislastumkehr im arbeitsrechtlichen Verfahren abzusichern. Danach darf es nicht den AN obliegen, die Kausalität des Whistleblowing für damit im Zusammenhang stehende Nachteile im Arbeitsverhältnis nachzuweisen. Es ist vielmehr Sache der AG, die Sachbezogenheit etwaiger Nachteile und deren Nichtverbindung zum Whistleblowing darzutun.<sup>49</sup>

### **(c) Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben**

Der Schutz, den Art. 8, 13, 32 und 33 UNCAC gewähren, ist unabhängig von der Motivlage der Hinweisgebenden. Entscheidend ist, ob die hinweisgebende Person von der Richtigkeit ihrer Angaben ausgehen durfte. Hat eine Person nachvollziehbare Gründe für die Meldung, ist sie schutzwürdig, auf die Motive kommt es hierbei nicht an:

“Hence, if a person has reasonable grounds to believe that the information shows wrongdoing or malpractice, and that the belief was reasonable for someone in his or her position based on the information available to him or her, that person should be protected.”<sup>50</sup>

Für diese ex ante-Perspektive ist es irrelevant, ob sich die Vorwürfe dann tatsächlich in Verfahren bewahrheiten. Der Schutz bezieht sich gerade auch auf solche Vorwürfe, die im Verfahren nicht nachgewiesen werden können – solange keine wissentlich falschen oder leichtfertigen Angaben gemacht wurden:

<sup>48</sup> Conference of the State Parties to the UNCAC, State of Implementation of the UNCAC, Fn. 41, S. 81.

<sup>49</sup> UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 40, S. 64 f.

<sup>50</sup> UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 40, S. 24 f.

“If, however, someone reports information that they know to be untrue, then clearly there should be safeguards, meaning that the individual would not be able to seek protection from the law and could be sanctioned if harm was caused.”<sup>51</sup>

#### **(d) Prozedurale Staatenpflichten**

Die Konferenz der Vertragsstaaten hat in der Vertragsimplementierung der UNCAC regelm. darauf bestanden, dass die Abwägung von öff. und privaten Interessen durch den Gesetzgeber vorstrukturiert wird. Die Vertragsstaaten sollen in Umsetzung der UNCAC

“make every effort to strike a balance between acknowledging the loyalty and confidentiality obligations of civil servants and private employees towards the State and their employer, respectively, and the obligation to provide protection against any “unjustified” treatment of reporting persons. This could be done by providing for different “spheres” of disclosure with corresponding levels of protection.”<sup>52</sup>

D.h. nicht nur, dass die Interessenabwägung ges. strukturiert werden soll, sondern es bedeutet auch, dass Kommunikationskanäle für die Meldung eröffnet werden müssen. Die Verpflichtung der Staaten, alternative Kommunikationskanäle für Whistleblower zu eröffnen, ergibt sich aus Art. 8, 13, 32 und 33 UNCAC. Die UNCAC fordert einerseits effektive und andererseits auch alternative Meldekanäle:

“This will help ensure that individuals in the workplace can bypass their managers or go outside the organization, particularly if that is where the problem lies, and thus avoid the creation of a bottleneck or a potential breaking point in the regulatory or judicial system.”<sup>53</sup>

Art. 13 UNCAC, der die diesbzgl. Fragen der öff. Beteiligung detailliert regelt, verpflichtet die Staaten nicht nur, den öff. Zugang zu Meldestellen zu ermöglichen, sondern hält auch dazu an, ein System für die Bearbeitung und Einreichung anonymer Meldungen zu etablieren.<sup>54</sup> Die Frage, die sich im Arbeitsverhältnis regelm. stellt, nämlich ob externe Meldestellen trotz vorhandener unternehmensinterner Meldesysteme in Anspruch genommen werden dürfen, entscheidet Art. 13 UNCAC für eine größtmögliche Öffentlichkeitsbeteiligung. So stellt das UNODC explizit klar:

„In many jurisdictions, and particularly with respect to the private sector, employees are subject to duties of loyalty or confidentiality with respect to

<sup>51</sup> Ebd.

<sup>52</sup> Conference of the State Parties to the UNCAC, State of Implementation of the UNCAC, Fn. 41, S. 82.

<sup>53</sup> UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 40, S. 31.

<sup>54</sup> Zu den Details s. UNODC, Legislative Guide, Fn. 40, S. 23, Ziff. 64, ferner UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 40, S. 39.

technical or operational information, which means that it is often a disciplinary offence to report outside the organization itself. Business reputation is also highly valued and thus many workers are subject to strong contractual obligations in this regard. Therefore, it is important – above all with respect to reporting to competent or appropriate authorities, or more widely where necessary – that the law removes or settles any doubt that reporting wrongdoing or harm to the public interest will override any such duties to the employer.”<sup>55</sup>

Die UNODC beziehen sich für die Frage, welche Meldewege zu wählen sind, auf die Entschließung der parl. Versammlung des Europarates.<sup>56</sup> Nach dieser Entschließung, die durch diese Heranziehung in der Vertragspraxis der UNCAC als Konkretisierung der Konventionspflichten mittelbare Rechtswirkung entfaltet, entfällt der Vorrang der internen Informationsweitergabe, wenn der interne Weg nicht zumutbar ist (weil die meldende Person in einer subj. ex ante-Perspektive eigene Nachteile zu erwarten hätte), wenn durch ihn – ex ante und in nachvollziehbarer Weise – keine Abhilfe erwartet werden kann und wenn interne Hinweise nicht zum Erfolg führen.<sup>57</sup>

Die nach Art. 13 UNCAC geforderte Pflicht, Öffentlichkeit herzustellen, führt daher zur prozeduralen Komplementärpflicht, externe Meldeverfahren nicht auszuhebeln. Art. 13 UN, der auf „die Freiheit zur Einholung, Entgegennahme, Veröffentlichung und Verbreitung von Informationen“ zielt, ist zudem iVm. den menschenrechtlichen Verpflichtungen insbes. auf den Schutz der Meinungs- und Pressefreiheit zu lesen. Aus diesen Normen ergeben sich weitere Anforderungen für den Schutz des Whistleblowing.<sup>58</sup>

Aus alledem ergibt sich, dass interne Meldewege externe Kommunikationskanäle nicht desavouieren dürfen. Der Gesetzgeber ist nach der UNCAC nicht nur dazu aufgerufen, Vorgaben für die rechtsstaatliche Ausgestaltung interner Meldeverfahren zu machen, sondern auch sicherzustellen, dass Whistleblower immer dann externe Verfahren nutzen und sich an die Öffentlichkeit wenden können, wenn aus ihrer subj. ex ante-Perspektive der interne Weg nicht zumutbar, impraktikabel oder ineffektiv ist.

## **(2) OECD-Konvention zur Bestechungsbekämpfung**

Aus dem OECD-Übereinkommen v. 17.12.97 über die Bekämpfung der Bestechung ausl. Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr können sich weitere Verpflichtungen ergeben. Das Abkommen hat Deutschland 1998 ratifiziert.<sup>59</sup> Die

<sup>55</sup> UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 40, S. 27.

<sup>56</sup> Parl. Vers. d. Europarats, Entschließung 1729 v. 29.04.10, Ziff. 6.1.2. und 6.1.3.

<sup>57</sup> UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 40, S. 30.

<sup>58</sup> Zur Regime-Interdependenz von Menschenrechten und Korruptionsbekämpfung s. auch UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 40, S. 41 ff.; zu den menschenrechtlichen Anforderungen s. unten C.II.2.a)(4) und C.II.2.b)(2).

<sup>59</sup> BGBl II, S. 2327 ff.



Konvention ist die erste Antikorruptionskonvention auf globaler Ebene.<sup>60</sup> Sie sieht in Art. 4 u.a. vor, eine effektive Gerichtsbarkeit gegen Korruption einzuführen.

Im Rahmen des nach Art. 12 der Konvention etablierten Monitoring hat die OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions eine Reihe von Empfehlungen<sup>61</sup> zum Whistleblowing erlassen, die teilweise auch unmittelbar an Deutschland gerichtet wurden. Im Dezember 2014 fasste die Arbeitsgruppe die Forderungen in diesem Politikbereich wie folgt zusammen:

“Regarding whistleblower protection, the Working Group recommends that Germany enhance reporting of suspicions of foreign bribery by company employees, through any appropriate means, e.g. by codifying the protection identified by jurisprudence and disseminating information on such protection [2009 Recommendation, IX (iii) and X.C (v)].”<sup>62</sup>

Die hier in Bezug genommene Empfehlung IX (iii) des Rats der OECD aus 2009 zielt auf die Einrichtung von

“appropriate measures [...] to protect from discriminatory or disciplinary action public and private sector employees who report in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities suspected acts of bribery of foreign public officials in international business transactions.”

Und X.C (v) rät dazu zu ermutigen, dass UN

“provide channels for communication by, and protection of, persons not willing to violate professional standards or ethics under instructions or pressure from hierarchical superiors, as well as for persons willing to report breaches of the law or professional standards or ethics occurring within the company in good faith and on reasonable grounds, and should encourage companies to take appropriate action based on such reporting”.<sup>63</sup>

Und 2013 anlässlich des Reports für die Phase 3 hat die Working Group die BRD für die fehlende Whistleblower-Gesetzgebung gerügt:

<sup>60</sup> Zur Bestandsaufnahme s. *Brewster*, The Domestic and International Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, *Chicago Journal of International Law* 15 (2014-15), S. 84 ff.

<sup>61</sup> Empfehlungen als Handlungsform der OECD sind in Art. 5 der Konvention genannt. Zur Handlungsform des Politikvergleichs im Rahmen der OECD am Beispiel der PISA-Verfahren s. *Bogdandy/Goldmann*, The Exercise of International Public Authority through Nat. Policy Assessment. The OECD's PISA Policy as a Paradigm for a New International Standard Instrument, in: *International Organizations Law Review* 5 (2008), S. 241 ff.

<sup>62</sup> Working Group on Bribery in International Business Transactions, *Compilation of Recommendations made in The Phase 3 Reports. Implementation and Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 2009 Recommendations on further Combating Bribery*, Dezember 2014, S. 71, Ziff. 5.

<sup>63</sup> Rat der OECD, *Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 26.11.09.

“The Working Group again encouraged Germany to take steps to enhance reporting of suspicions of foreign bribery by company employees by, for example, codifying whistleblowers’ protections in the private sector and asked Germany to provide a written report on progress made in this regard within one year”.<sup>64</sup>

Auch im Zusammenhang der OECD-Konvention zur Bestechungsbekämpfung bleibt Deutschland damit den geforderten Schutz von Whistleblowern schuldig.

### **(3) ILO-Übereinkommen 158**

Auch in Art. 5 des ILO/IAO-Übereinkommens über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den AG ist ein expliziter Schutz von Whistleblowern vorgesehen:<sup>65</sup>

„Für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gelten insbes. nicht als triftige Gründe: [...] (c) der Umstand, dass jemand wegen einer behaupteten Verletzung von Gesetzesvorschriften gegen den AG eine Klage eingebracht oder sich an einem Verfahren gegen ihn beteiligt oder die zuständigen Verwaltungsbehörden angerufen hat.“

Deutschland hat dieses Übereinkommen aber nicht ratifiziert, weshalb sich daraus derzeit keine völkervertraglichen Pflichten ergeben.

### **(4) UN-Zivilpakt**

Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt) wurde 1973 durch Deutschland ratifiziert.<sup>66</sup> Der Pakt schützt in Art. 19 Abs. 2 die Meinungsäußerungsfreiheit, einschl. des Rechts, „ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen Informationen und Gedankengut jeder Art in Wort, Schrift oder Druck, durch Kunstwerke oder andere Mittel eigener Wahl sich zu beschaffen, zu empfangen und weiterzugeben.“ Die Norm schützt nicht nur gegen staatliche Eingriffe, sondern verpflichtet auch zu Schutzmaßnahmen:

“States parties should put in place effective measures to protect against attacks aimed at silencing those exercising their right to freedom of expression.”<sup>67</sup>

Das umfasst nach dem mit der Implementierung des UN-Zivilpaktes beauftragten Menschenrechtsausschuss auch den Schutz gegen Maßnahmen priv.

<sup>64</sup> OECD Working Group on Bribery, Summary and conclusions to the Phase 3-Report of Germany, 15.04.13, Ziff. 5.

<sup>65</sup> ILO-Übereinkommen Nr. 158 vom 22. Juni 1982.

<sup>66</sup> BGBl. 1973 II S. 1533, 1534.

<sup>67</sup> HRC, General Comment 34, CCPR/C/GC/34, Juli 2011, Ziff. 23.

Rechtssubjekte, die die Ausübung der Meinungsfreiheit beeinträchtigen können.<sup>68</sup> Zwar erwähnt die Spruchpraxis des Menschenrechtsausschusses bislang Whistleblowing nicht explizit. Die besondere Schutzbedürftigkeit von Journalisten und Hinweisgebern im Allg. hat der Ausschuss aber durchaus hervorgehoben:

„persons who engage in the gathering and analysis of information on the human rights situation and who publish human rights-related reports,”<sup>69</sup>

seien durch Art. 19 Abs. 2 UN-Zivilpakt in besonderer Weise zu schützen. Für Whistleblower, die von ihrer Meinungsäußerungsfreiheit Gebrauch machen und eine vergleichbare öff. Funktion einnehmen, gilt dies entspr.<sup>70</sup> Dementsprechend haben auch *Frank de la Rúa*, UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, und *Catalina Botero Marino*, Inter-American Commission on Human Rights Special Rapporteur for Freedom of Expression, in einer gemeinsamen Erklärung 2010 die besondere Schutzbedürftigkeit von Hinweisgebenden im Hinblick auf die Meinungsäußerungsfreiheit betont:

“‘whistleblowers’ releasing information on violations of the law, on wrongdoing by public bodies, on a serious threat to health, safety or the environment, or on a breach of human rights or humanitarian law should be protected against legal, administrative or employment-related sanctions if they act in good faith.”<sup>71</sup>

In dieser Erklärung kommt ein Grundsatz zum Ausdruck, der für die angemessene Ausgestaltung des Schutzes des Whistleblowings von essenzieller Bedeutung ist: Whistleblowing hat neben den in speziellen Konventionen zum Ausdruck kommenden Funktionen für die Bestechungs- und Korruptionsbekämpfung eine zentrale Funktion für die Öffentlichkeit. Die sich daraus ergebende Pflicht ist umfassend und nicht auf den Bereich der Wirtschaftskriminalität begrenzt: Hinweisgebende sind, sofern sie keine wissentlich falschen Angaben machen, zu schützen. Das umfasst nicht nur das aus der Meinungsfreiheit fließende Verbot der Strafbarkeit, sondern auch die Pflicht, entspr. prozedurale Voraussetzungen für das Whistleblowing zu schaffen, insbes. durch Einrichtung effektiver und unabhängiger Meldeverfahren, in denen die hinweisgebenden Personen auch durch die Gewährleistung der Vertraulichkeit zu schützen sind. I.d.S. forderte die UN-Menschenrechtskommissarin *Navi Pillay* einen Vertraulichkeitsschutz für hinweisgebende Personen:

<sup>68</sup> HRC, ebd., Ziff. 7.

<sup>69</sup> Ebd.

<sup>70</sup> S. auch *Fuller*, A Matter of Nat. Security: Whistleblowing in the Military as a Mechanism for International Law Enforcement, in: San Diego International Law Journal 15 (2013), S. 249 ff.; ferner *Fasterling/Lewis*, Leaks, legislation and freedom of speech: How can the law effectively promote public-interest whistleblowing?, in: International Labour Review 153 (2014), S. 71 ff.

<sup>71</sup> *de la Rúa*, UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, und *Botero Marino*, Inter-American Commission on Human Rights Special Rapporteur for Freedom of Expression, Joint Statement On Wikileaks, 21.12.10, Ziff. 3.

“confidentiality is an essential element of the working methods of UN human rights officers, and [...] their work is of fundamental importance to the restoration and maintenance of international peace and security, the rule of law, and the administration of justice.”<sup>72</sup>

Ohne den Schutz der Vertraulichkeit der Quelle von Journalisten, aber auch von NGOs und Bloggern,<sup>73</sup> entstehe die Gefahr, dass Whistleblower nicht bereit sein könnten,

“to cooperate with, and provide reliable information to, UN human rights officers, thereby making it impossible for the human rights officers to carry out their functions effectively.”<sup>74</sup>

Die Schutzbedürftigkeit der Whistleblower als vulnerable Gruppe – vergleichbar derjenigen von Fact Finding Persons und UN-Beobachtungspersonen – wird in einer Vielzahl von Stellungnahmen anerkannt.<sup>75</sup> Der dt. Gesetzgeber ist diesen aus dem universellen Menschenrechtsschutz folgenden Schutzpflichten zum expliziten Schutz von Whistleblowern bislang nicht hinreichend nachgekommen.

## **b) Regionale Verträge**

Von den regionalen Völkerverträgen sind insbes. die beiden eur. Antikorruptionskonventionen (hierzu (1)), die EMRK (hierzu (2)) und die rev. Eur. Sozialcharta (hierzu (3)) für den Schutz des Whistleblowing relevant.

### **(1) Europäische Antikorruptionskonventionen**

Das im Rahmen des Europarats geschlossene Zivilrechtsübereinkommen über Korruption (Straßburg, 04.11.99) sieht in Art. 9 einen Schutz von AN vor:

„Jede Vertragspartei sieht in ihrem innerstaatlichen Recht vor, dass Beschäftigte, die den zuständigen Personen oder Behörden in redlicher Absicht einen begründeten Korruptionsverdacht mitteilen, angemessen vor ungerechtfertigten Nachteilen geschützt werden.“

<sup>72</sup> Amicus Curiae Brief of the UN High Commissioner for Human Rights, Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al., SCSL, No. SCSL-2004-16-AR73 (16.12.05), Rn. 32 ff.

<sup>73</sup> Zu dieser Trias s. Kaye, UN-Special Rapporteur on freedom of opinion and expression, Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 08.09.15, UN Doc. A/70/361, S. 12 ff., Rdn. 19 ff.; ferner *Banisar*, Silencing sources: an international survey of protections and threats to journalists' sources, Privacy International Global Survey Series, 2007; *Posetti*, Protecting journalism sources in the digital age, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) Series on Internet Freedom, UNESCO Publishing, 2015.

<sup>74</sup> Ebd., Rn. 37.

<sup>75</sup> Nachw. bei CCR, Written Submission. Call for Submissions on the Protection of Sources and Whistleblowers by the United Nations Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, David Kaye, 22.06.15, abrufbar via <https://ccrjustice.org>, Ziff. 33 ff.

In Art. 2 der Konvention wird der Begriff der „Korruption“ definiert:

„Im Sinne dieses Übereinkommens bezeichnet „Korruption“ das unmittelbare oder mittelbare Fordern, Anbieten, Gewähren, Annehmen oder Inaussichtstellen von Bestechungsgeldern oder eines anderen ungerechtfertigten Vorteils, das die Erfüllung der dem Begünstigten obliegenden Pflichten beeinträchtigt oder dazu führt, dass er sich nicht wie geboten verhält.“

Im Explanatory Report zu Art. 9 wird der verpflichtende Inhalt dieser Norm u.a. wie folgt konkretisiert:

“The "appropriate protection against any unjustified sanction" implies that, on the basis of this Convention, any sanction against employees based on the ground that they had reported an act of corruption to persons or authorities responsible for receiving such reports, will not be justified. Reporting should not be considered as a breach of the duty of confidentiality. Examples of unjustified sanctions may be a dismissal or demotion of these persons or otherwise acting in a way which limits progress in their career. [...] Therefore the appropriate protection which Parties are required to take should encourage employees to report their suspicions to the responsible person or authority. Indeed, in many cases, persons who have information of corruption activities do not report them mainly because of fear of the possible negative consequences.”<sup>76</sup>

Deutschland hat dieses Übereinkommen unterschrieben, allerdings bislang nicht ratifiziert. Die Bundesregierung sieht aber selbst, dass der Schutz von Whistleblowern im dt. Recht nicht dieser Norm entspricht.<sup>77</sup>

Auch das Strafrechtsübereinkommen über Korruption (Straßburg, 27.01.99) hat die BRD bislang nicht ratifiziert. Das Übereinkommen sieht in Art. 22 einen Whistleblowingschutz vor:

„Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, um einen wirksamen und angemessenen Schutz folgender Personen zu gewährleisten: (a) Personen, die Angaben über aufgrund der Art. 2 bis 14 umschriebene Straftaten machen oder in anderer Weise mit den für Ermittlung oder Strafverfolgung zuständigen Behörden zusammenarbeiten; (b) Zeugen, die eine Aussage in Bezug auf solche Straftaten machen.“

<sup>76</sup> Ebd., Ziff. 69 ff.

<sup>77</sup> S. BT-Drs. 17/12996 v. 02.04.14, S. 3 f.: „Deutschland hat das Übereinkommen am 04.11.99 gezeichnet. Eine dt. Ratifikation kann erst erfolgen, wenn eine Regelung zum ‚Whistleblowing‘ ins dt. Recht eingefügt worden ist.“

Im Explanatory Report zu dieser Bestimmung heißt es dann, dass das Wort „Zeugen“ sich auf eine Person bezieht,

„who possess information relevant to criminal proceedings concerning corruption offences as contained in Articles 2 – 14 of the Convention and includes whistleblowers“.<sup>78</sup>

Für diese Personen wird ein wirksamer und angemessener Schutz gefordert. Das verweise, so sagen es die Ausführungsbestimmungen,

“to the need to adapt the level of protection granted to the risks that exist for collaborators of justice, witnesses or whistleblowers. In some cases it could be sufficient, for instance, to maintain their name undisclosed during the proceedings, in other cases they would need bodyguards, in extreme cases more far-reaching witnesses-protection measures such as change of identity, work, domicile, etc. might be necessary”.<sup>79</sup>

An solchen Schutzvorschriften fehlt es bislang im dt. Recht. Die Bundesregierung beabsichtigt offenbar, zumindest das strafrechtliche Antikorruptionsübereinkommen des Europarats zu ratifizieren.<sup>80</sup> Für diesen Fall wird auch aus Art. 22 dieses Übereinkommens die Pflicht resultieren, den Schutzstandard für Whistleblower in Deutschland zu erhöhen.

## (2) EMRK

Nach Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK ist das Recht auf freie Meinungsäußerung umfassend geschützt. Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK schließt die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. Deutschland hat die EMRK in dt. Recht transformiert.<sup>81</sup> Aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG und dem Bekenntnis zu den Menschenrechten in Art. 1 Abs. 2 GG hat das *BVerfG* der EMRK de facto quasi-konstitutionellen Rang zuerkannt. Die EMRK ist Auslegungshilfe im Hinblick auf die nat. Grundrechte. Das *BVerfG* sieht alle Staatsorgane in der Pflicht, die Normen der EMRK im nat. Recht zur Geltung zu bringen.<sup>82</sup> Das *BVerfG* verlangt kein blindes Nachvollziehen der Entscheidungen der EMRK und des *EGMR*, sondern eine wertende Berücksichtigung. Für den Fall, dass Entscheidungen des *EGMR* im nat. Recht diese Berücksichtigung nicht zuteil kommt, sieht das *BVerfG* die Verfassungsbeschwerde (VB) für eröffnet. In der Nichtberücksichtigung läge nicht

<sup>78</sup> Ebd., Ziff. 111.

<sup>79</sup> Ebd., Ziff. 113.

<sup>80</sup> BT-Drs. 17/12996 v. 02.04.14, S. 2: „Das Übereinkommen wurde von der BRD am 27.01.99 unterzeichnet. Zur Umsetzung des Übereinkommens sind Änderungen im Bereich des Strafrechts, insbes. die Ausweitung des Straftatbestands der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB) notwendig. Es ist beabsichtigt, das Übereinkommen zu ratifizieren.“

<sup>81</sup> BGBl. 1952 II S. 685.

<sup>82</sup> BVerfGE 111, 307/317.



nur ein Konventionsverstoß, sondern auch eine Verletzung des Art. 20 Abs. 3 GG iVm. dem jeweiligen Korrespondenzgrundrecht des GG.<sup>83</sup> Diese Berücksichtigungspflicht hat das *BVerfG* auch auf Entscheidungen anderer internationaler Gerichte erstreckt.<sup>84</sup>

Der *EGMR* hat in einer Reihe von Entscheidungen die Rechte von Whistleblowern gestärkt<sup>85</sup> und den Schutz des Art. 10 EMRK auch in dem gegen die BRD ergangenen Urteil in der Rs. *Heinisch v. Deutschland* auf Whistleblowing erstreckt.<sup>86</sup> Der *EGMR* hat für den konkreten Fall festgestellt, dass die Kündigung – und insbes. die gerichtliche Bestätigung der Kündigung, es handelt sich um einen Fall mittelbaren Menschenrechtsschutzes – die Whistleblowerin in ihren Rechten verletzt, da das öff. Interesse im konkreten Fall das Geheimhaltungsinteresse überwiege.

Da das dt. Recht nach der Rspr. des *BVerfG* konventionskonform auszulegen ist und die dt. Gerichte zur Berücksichtigung der Rspr. des *EGMR* verpflichtet sind, wird vertreten, dass die EMRK-Konformität des dt. Rechts nicht notwendig durch Gesetzesänderung hergestellt werden müsste. Es sei hinreichend, wenn die Arbeitsgerichtsbarkeit die Grundsätze des *EGMR* und der EMRK entspr. der verfassungsgerichtlichen Rspr. berücksichtige.<sup>87</sup> Dieser Rechtsauffassung ist insofern beizupflichten, als das dt. Recht im engen Kontext des Kündigungsschutzrechtes eine Durchlässigkeit ermöglicht: Die ArbG können im Rahmen unbestimmter nat. Normen die Wertungen der EMRK und des *EGMR* berücksichtigen, wenn bspw. im Rahmen des § 612a BGB zu fragen ist, ob „der AN in zul. Weise seine Rechte ausübt“.

Die Antwort, dass die dt. Rechtsordnung daher im Ganzen konventionskonform sei, greift allerdings zu kurz. In der Rspr. des *EGMR* haben die Menschenrechte der EMRK nicht nur eine abwehrgerichtete Funktion, sondern umfassen auch positive Schutzpflichten. Das gilt auch für die Meinungsäußerungsfreiheit, bei der es sich nach der Rspr. des *EGMR* „um eine der wesentlichen Grundlagen der demokratischen Gesellschaft und eine unverzichtbare Bedingung für ihren Fortschritt und die individuelle Selbstverwirklichung jedes einzelnen“ handelt.<sup>88</sup> Gemessen daran entspricht das dt. Recht nicht den Standards, die nach der EMRK zu verlangen sind. Der Gesetzgeber bleibt vielmehr dazu berufen, den Schutz der AN legislativ auszugestalten. Das hat seinen Grund zum einen in der Unschärfe der auf die *EGMR*-Entscheidungen bezogenen „Berücksichtigungsformel“, wie sie das *BVerfG* entwickelt hat. Die bestehende Rechtsschutzlücke beruht aber auch darauf, dass der *EGMR* zwar in singulären

<sup>83</sup> BVerfGE 111, 307/327ff.

<sup>84</sup> In Bezug auf die Rspr. des *IGH* s. *BVerfG* NJW 2007, 499 ff.; zur vergleichbaren Verfassungslage in den USA und Italien s. *US Supreme Court* *US, Sanchez-Llamas ./. Oregon*, Gutachten v. 28.06.06, No. 04–10566; *Italienischer Verfassungsgerichtshof*, Urteil Nr. 238/2014 v. 22.10.14 (Schadensersatzansprüche von NS-Opfern); auch der *EuGH* geht von einer dualistischen Theorie aus, s. *EuGH* 03.09.08, C-402/05.

<sup>85</sup> Zuletzt *EGMR* 13.01.15, 79040/12, *Rubins ./. Latvia*; s. schon *EGMR* 12.02.08, 14277/04, *Guja v. Moldova*, Rn. 72; *EGMR*, Urt. v. 19.02.09, 4063/04, *Marchenke ./. Ukraine*, Rn. 46; s. auch *EGMR* 18.10.11, 10247/09, *Sosinowska ./. Polen*.

<sup>86</sup> *EGMR* 21.07.11, 28274/08, *Heinisch ./. Deutschland*.

<sup>87</sup> *Schachter*, Kündigung wegen ‚Whistleblowing‘?, *RdA* 2012, S. 108 ff. (109).

<sup>88</sup> *EGMR* 23.04.92, 11798/85, *Castells ./. Spanien*, Rn. 42.

Einzelfällen (idR. Kündigungsprozesse) interveniert hat. Eine Reihe grds. Klärungen zum Schutz des Whistleblowing, die der *EGMR* bspw. hinsichtlich der Interessenabwägung vorgenommen hat, sind aber auch außerhalb dieser arbeitsvertraglichen Kontexte relevant. Um die Vorgaben des *EGMR* und der EMRK angemessen umzusetzen, reicht es nicht aus, auf die Berücksichtigung der *EGMR*-Rspr. durch die ArbG zu setzen. Vielmehr ist der Gesetzgeber weiter in grds. Hinsicht gefragt. Im Einzelnen betreffen die Regelungslücken folgende Bereiche:

### **(a) Systematischer Schutz**

Der *EGMR* hat für den systematischen Schutz hinweisgebender Personen detaillierte Vorgaben gemacht. Das ergibt sich zum einen aus der *EGMR*-Rspr. zum Quellenschutz der Presse. Der Schutz der journalistischen Quelle ist für den *EGMR* nicht einfach Privileg, sondern wesentliche Komponente der freien Presse.<sup>89</sup> Quellenschutz und Schutz des Whistleblowing sind aufs Engste verknüpft.<sup>90</sup>

Der Schutz des Whistleblowing, so wie der *EGMR* ihn aus Art. 10 EMRK konkretisiert hat, bezieht sich insbes. auf solche Mitteilungen, die in gutem Glauben gemacht wurden, die die mitteilende Person also nach entspr. sorgfältiger Prüfung für wahr hält.<sup>91</sup> Der *EGMR* setzt hier nicht voraus, dass sich die Vorwürfe später bewahrheiten. Er stellt auf eine ex ante-Perspektive ab und darauf, ob die hinweisgebende Person „to the extent permitted by the circumstances“ von der Wahrheit der Mitteilung ausgehen durfte.<sup>92</sup> Bei der Konkretisierung der Gutglaubensanforderung lässt der *EGMR* die Motive regelm. dahinstehen und verlangt lediglich, dass die Vorwürfe „nicht gänzlich eines sachlichen Hintergrunds“ entbehren.<sup>93</sup>

Sind diese Voraussetzungen gegeben – keine wissentlich leichtfertigen und unwahren Angaben, Möglichkeit der Sachorientierung – prüft der *EGMR*, ob das Interesse der Öffentlichkeit im konkreten Fall überwiegt. Im Urteil *Guja ./. Moldova* hat der *EGMR* daher die Bedeutung der Öffentlichkeit für das Funktionieren der Demokratie betont und verdeutlicht, dass die öff. Interessen auch private und staatliche Geheimhaltungs- und Loyalitätsinteressen überwiegen können.<sup>94</sup> Und auch im Urteil im Fall *Heinisch* hat der *EGMR* festgehalten,

„dass das Interesse der Allgemeinheit, über Defizite bei der institutionellen Altenpflege in einem staatlichen UN informiert zu werden, in einer demokratischen Gesellschaft so wichtig ist, dass es das Interesse am Schutz des geschäftlichen Rufs und der Interessen dieses UN überwiegt.“<sup>95</sup>

<sup>89</sup> *EGMR* 27.11.07, 20477/05, *Tillack ./. Belgien*.

<sup>90</sup> Der Bericht von *Kaye*, Special Rapporteur on freedom of opinion and expression, Fn. 73, führt daher konsequent beide Komplexe zusammen.

<sup>91</sup> *EGMR* 12.02.08, 14277/04, *Guja ./. Moldova*, Rn. 75.

<sup>92</sup> *EGMR*, ebd.

<sup>93</sup> *EGMR* 21.07.11, 28274/08, *Heinisch ./. Deutschland*, Rn. 85.

<sup>94</sup> *EGMR* 12.02.08, 14277/04, *Guja ./. Moldova*, Rn. 74.

<sup>95</sup> *EGMR* 21.07.11, 28274/08, *Heinisch ./. Deutschland*, Rn. 90.

Um diese Pflichten zum Schutz der Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK umzusetzen, ist der Gesetzgeber gefordert. Es gilt insbes., eine verlässliche Planungssicherheit für Beschäftigte und AG herzustellen. Der *EGMR* verweist bei der Konkretisierung des öff. Interesses im Fall *Heinisch* auch auf rechtspolitische Empfehlungen, denen der Gerichtshof strukturierende Kriterien entnimmt. So bezieht er sich<sup>96</sup> explizit auf die EntschlieÙung der Parl. Versammlung des Europarats 1729.<sup>97</sup> Das verleiht der EntschlieÙung zumindest eine mittelbare Rechtswirkung,<sup>98</sup> insbes. auch im Hinblick auf die durch den *EGMR* zitierte Passage in ihrer Ziff. 6.1.1.:

„Die Definition geschützter Enthüllungen umfasst alle in gutem Glauben geäußerten Warnungen vor verschiedenen Arten rechtswidriger Handlungen, u. a. sämtliche schweren Menschenrechtsverletzungen, die das Leben, die Gesundheit, die Freiheit oder sonstige berechnigte Interessen Einzelner als Subjekte der öff. Verwaltung oder als Steuerzahler, Anteilseigner, AN oder Kunden von Privatunternehmen beeinträchtigen oder bedrohen“.

Die Einbeziehung dieser Rspr. ins dt. Recht kann nicht einfach der Gerichtsbarkeit überlassen werden. Es gibt zahlreiche Normen, deren Wortlaut dieser Rechtslage evident zuwiderläuft und die Meinungsfreiheit nicht hinreichend akzentuiert (so u.a. § 13 Ziff. 6 BBiG). Vor dem Hintergrund der durch den *EGMR* entwickelten umfassenden Schutzgesichtspunkte und der bestehenden Unsicherheiten im dt. Recht im Hinblick auf die Interessenabwägung ist die Forderung von *Deiseroth* daher konsequent:

„Die Rspr. allein kann auf der Grundlage des bisherigen Normenbestandes in Deutschland für keinen hinreichenden Schutz von Whistleblowern sorgen. Denn die – mangels präziser ges. Vorgaben – von ihr praktizierte Abwägung von Einzelfallgesichtspunkten beinhaltet strukturell ein erhebliches Maß an Unbestimmtheit und Rechtsunsicherheit [...] Damit wird die durch Art. 10 EMRK vorgegebene Pflicht zur Gewährleistung hinreichenden Schutzes nicht hinreichend erfüllt.“<sup>99</sup>

Der Gesetzgeber ist durch Art. 10 EMRK gefordert, eine verlässliche Planungssicherheit für Beschäftigte und AG herzustellen. An dieser fehlt es im dt. Recht. Der Gesetzgeber kommt seiner Schutzpflicht aus Art. 10 EMRK bislang nicht hinreichend nach.

## **(b) Externe Meldungen**

<sup>96</sup> *EGMR* 21.07.11, 28274/08, *Heinisch ./. Deutschland*, Rn. 37.

<sup>97</sup> S. EntschlieÙung 1729 (2010) v. 29.04.10.

<sup>98</sup> Kritisch hierzu *Pabel*, Der grundrechtliche Schutz des Whistleblowing, in: *Feik* u.a. (Hrsg.), FS Walter Berka, Wien 2013, S. 161 ff. (177)..

<sup>99</sup> *Deiseroth*, Neue Vorgaben für die dt. Gerichte aus StraÙburg? Der Schutz der MeinungsäuÙerungsfreiheit von Beschäftigten nach Art. 10 (EMRK), Zeitschrift für Risk, Fraud & Compliance (ZRFC) 2012, 66 ff. (72).

Diese Schutzpflicht bezieht sich auch darauf, dass in der nat. Rechtsordnung zu klären ist, wie mit dem Anzeigerecht umzugehen ist, wie also das Verhältnis von internen zu externen Meldeverfahren gestaltet ist. Die grundrechtliche Dimension des Whistleblowing rührt gerade daher, dass es nicht um einen lediglich bilateralen Konflikt geht, sondern polygonale Interessensdifferenzen bestehen.<sup>100</sup> Der *EGMR* reflektiert dies in seiner Whistleblowing-Rspr. und schließt daraus, dass es zwar Gründe für eine Nutzung interner Meldemechanismen geben kann.<sup>101</sup> Die Pflicht, etablierte interne Meldesysteme zu nutzen, sei allerdings nicht grenzenlos. Der *EGMR* macht hierfür insbes. die Einschränkung, dass es bei der Beurteilung, ob extern mitgeteilt werden kann, darauf ankommt, ob die interne Mitteilung „praktikabel“ ist.<sup>102</sup> Bei dieser Beurteilung ist für ihn im Hinblick auf die dt. Rechtsordnung relevant,

„dass das dt. Recht keinen speziellen Durchführungsmechanismus für die Untersuchung von Hinweisen eines Whistleblowers und für Forderungen nach entspr. Abhilfe durch den AG bereithält.“<sup>103</sup>

Die Effektivität, das Schutzniveau und die Adäquanz interner Meldemechanismen sind in Deutschland nicht durch den Gesetzgeber vorstrukturiert. Der Gesetzgeber kommt auch in dieser Hinsicht seinen Schutzpflichten für die nach Art. 10 EMRK zu sichernde Meinungsfreiheit nicht hinreichend nach. Er wird Maßstäbe für die Effektivität und Adäquanz unternehmensinterner Meldesysteme in Gesetzesform gießen und dabei zugleich sicherstellen müssen, dass aus grundrechtlichen Gesichtspunkten der Vorrang der internen Informationsweitergabe jedenfalls dann entfällt, wenn sie nicht zumutbar, unpraktikabel oder ineffektiv ist.<sup>104</sup> In diesen Fällen haben die AN ein vorbehaltlos gewährleistetes externes Anzeigerecht, das nicht zur Disposition von Arbeitsverträgen, Ethikrichtlinien oder Codes of Conduct steht.

### **(c) Zwischenergebnis**

Das Gebot, Planungssicherheit für AN, auch im Hinblick auf die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK herzustellen, macht eine ges. Vorstrukturierung der Interessensabwägung und auch umfassende Schutznormen für Whistleblower nötig, die Diskriminierungen und Nachteile im Arbeitsverhältnis auch jenseits des Kündigungsschutzes verhindern. Diesen Anforderungen aus Art. 10 EMRK entspricht das dt. Recht bislang nicht. Der Gesetzgeber bleibt hier in der Pflicht. Er muss daher nicht nur die Abwägungsentscheidung ges. vorstrukturieren, sondern auch dafür sorgen, dass die EMRK und die Urteile des *EGMR* zum Whistleblowing in jedem Fall befolgt werden.

<sup>100</sup> S. auch *Kreis, Whistleblowing: Arbeitsrecht jenseits des Zwei-Personen-Konflikts*, in: *Fütterer u.a.* (Hrsg.), *Arbeitsrecht – Für wen und wofür?*, Baden-Baden 2015, S. 131 ff.

<sup>101</sup> *EGMR* 21.07.11, 28274/08, *Heinisch ./. Deutschland*, Rn. 75.

<sup>102</sup> Ebd., Rn. 65.

<sup>103</sup> Ebd., Rn. 74.

<sup>104</sup> Zu dieser Trias s. auch *Branahl, Whistleblower zwischen Loyalitätspflichten und öffentlichem Informationsinteresse*, Fn. 4, Rn. 17.

### (3) Rev. Europäische Sozialcharta

Auch die revidierte Eur. Sozialcharta (RESK) sieht einen Schutz von Whistleblowern im Arbeitsverhältnis vor. So lautet Art. 24:

„Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Schutz bei Kündigung zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien: [...] a) das Recht der AN, nicht ohne einen triftigen Grund gekündigt zu werden, der mit ihrer Fähigkeit oder ihrem Verhalten zusammenhängt oder auf den Erfordernissen der Tätigkeit des UN, des Betriebs oder des Dienstes beruht; [...] anzuerkennen.“

Und im Anhang zu Art. 24 heißt es (Ziff. 3):

„Für die Zwecke dieses Artikels gelten insbes. nicht als triftige Gründe für eine Kündigung: [...] c) die Tatsache, dass jemand wegen einer behaupteten Verletzung von Rechtsvorschriften eine Klage gegen den AG einreicht, an einem Verfahren gegen ihn beteiligt ist oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anruft.“

Auch diese Norm verpflichtet zu einem Schutz des Whistleblowing. Allerdings hat Deutschland die RESK zwar unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert. Für Deutschland gilt derzeit nur die ESC aus 1961,<sup>105</sup> die eine solche explizite Erwähnung des Whistleblowing nicht vorsieht. Zwar hat die Bundesregierung eine Prüfung, ob die Ratifikation der RESK erfolgen soll, für die 18. Legislaturperiode angekündigt.<sup>106</sup> Bislang können aus der RESK jenseits der Verpflichtung, Ziel und Zweck eines Vertrags vor seinem Inkrafttreten nicht zu vereiteln (Art. 18 WVK) keine völkervertraglichen Bindungen abgeleitet werden. Das ist auch für den Fall einer Ratifizierung unsicher, da Art. 24 RESK bei der Ratifizierung dispositiv ist.

## IV. Anpassungsbedarf

Das dt. Recht entspricht o.g. internationalrechtlichen Vorgaben nicht.<sup>107</sup> Punktuell mag die dt. Rechtsordnung in den letzten Jahren einige Verbesserungen zur Regulierung des Whistleblowing gebracht haben. Diese sind allerdings nicht umfassend genug, da maßgebliche Fragen weiterhin ungeklärt bleiben und internationale Vorgaben ignoriert werden. Die völkerrechtlichen Pflichten werden nur

<sup>105</sup> BGBl 1965 II S.1261 und BGBl II S. 1122.

<sup>106</sup> BT-Drs. 17/12996 v. 02.04.14, S. 4: „Die Bundesregierung wird in der kommenden Legislaturperiode eine erneute Prüfung der Ratifizierung der RESK vornehmen.“

<sup>107</sup> S. *Popescu*, A Critical Analysis of Whistleblower Protection in the European Union, in: *Journal of Public Administration, Finance and Law* 2015, 135 ff. (138): „The same is true in Poland, Lithuania, Spain, Austria and Germany. In these countries, government officials and political party leaders have repeatedly failed to find a need to consolidate whistleblowers' rights.“; s. ferner *Deiseroth*, Neue Vorgaben für die dt. Gerichte, Fn. 99, S. 66 ff.

rudimentär und punktuell umgesetzt. Deutschland ist bei der Regulierung des Whistleblowing vertragsbrüchig. Regelungsbedarf besteht vor allem in folgenden Punkten:

### **1. Statusübergreifender Schutz**

Es gibt bislang keinen effektiven Schutz für die Veröffentlichungen, die als Whistleblowing einzustufen sind und öff. Belange schützen. Dieser Schutz muss entspr. der internationalen Vorgaben umfassend sein und alle hinweisgebenden Personen umfassen, unabhängig von ihrem Status, ihrem Geschäftsbereich und ihrer Beschäftigungsform. Dieser Schutz ist in der dt. Rechtsordnung bislang in keiner Beschäftigungsform hinreichend gewährleistet. Das gilt für AN, für Auszubildende und auch für Beamtinnen und Beamte, bei denen insbes. Unklarheiten im Hinblick auf die Pflichten des achtungs- und vertrauenswürdigen Verhaltens und der Einhaltung des Dienstweges bestehen, da die Ausnahmen von der Verschwiegenheit unklar gefasst sind.

### **2. Konturierung der Interessenabwägung**

Der Gesetzgeber hat bislang nicht hinreichend durch eigene Entscheidung vorstrukturiert, wann im Rahmen der Strafbarkeit (Preisgabe von Staatsgeheimnissen und Verletzung von Dienstgeheimnissen) und im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen das öff. Interesse an der Informationsweitergabe das Geheimhaltungsinteresse überwiegt: Es fehlt an einer Vermutungsregel für den Vorrang der Meinungsfreiheit für Äußerungen, die nicht leichtfertig und nicht wider besseres Wissen erfolgt sind. Das widerspricht den Anforderungen der UNCAC und den menschenrechtlichen Schutzpflichten. Die rechtliche Unklarheit schränkt die Effektivität des Kündigungsschutzes ein, da verhaltensbedingte Kündigungen bei Whistleblowing möglich sind und klare Regeln fehlen, wann eine Kündigung im Zusammenhang mit Whistleblowing unverhältnismäßig ist.

### **3. Systematischer Schutz**

Es fehlt im dt. Recht an einem systematischen Schutz von Whistleblowern. Das betrifft insbes. die Verpflichtungen aus der UNCAC, der OECD-Konvention zur Bestechungsbekämpfung und den menschenrechtlichen Konventionen, sicherzustellen, dass hinweisgebende Personen keine arbeitsvertraglichen Nachteile erleiden, wenn sie Mitteilungen machen, die nicht wesentlich unwahr oder leichtfertig sind, auch wenn sie sich im Verfahrensverlauf als unrichtig erweisen sollten.

### **4. Prozedurale Schutzmaßnahmen**

Es gibt in Deutschland keine hinreichenden prozeduralen Schutzmaßnahmen. Eine Berücksichtigung der besonderen Vulnerabilität von Whistleblowern, so wie sie das internationale Recht fordert, erfolgt nicht. Die Vertraulichkeit der Kommunikation mit Whistleblowern ist nicht immer gewährleistet. Das dt. Recht entspricht auch im



Hinblick auf die Zulässigkeit externer Meldeverfahren und der Einschaltung der Öffentlichkeit nicht den Vorgaben aus der UNCAC und den menschenrechtlichen Konventionen. Nach diesen Vorgaben sind Mindestnormen für die Effektivität und rechtsstaatliche Ausgestaltung interner Meldesysteme zu entwickeln. Ferner besteht nach diesen völkerrechtlichen Regeln ein vorbehaltloses Anzeigenrecht jedenfalls immer dann, wenn interne Meldeverfahren nicht zumutbar, unpraktikabel oder ineffektiv sind.

Schließlich verpflichtet die UNCAC zur Einrichtung effektiver und unabhängiger öff. Verfahren zur Aufklärung der Vorwürfe. Auch das hat der Gesetzgeber umfassend, kohärent und systematisch zu strukturieren. Auch dieser Pflicht kommt er bislang nicht hinreichend nach.

## V. Fazit

1. Eine ausdrückliche ges. Regelung des arbeitsrechtlichen Schutzes von Whistleblowern ist vor dem Hintergrund der internationalrechtlichen Normierungen überfällig. Das dt. Recht setzt die internationalen Vorgaben bislang nicht hinreichend um, ein systematischer Schutz von Whistleblowern fehlt. Deutschland ist im Hinblick auf seine internationalrechtlichen Vertragspflichten derzeit vertragsbrüchig. Deutschland ist völkervertraglich verpflichtet, den Schutz des Whistleblowing umfassend und systematisch zu regeln. Diese Vertragspflicht ergibt sich insbes. aus der UN-Konvention gegen Korruption (UNCAC), aus der OECD-Konvention zur Bestechungsbekämpfung, aus dem UN-Zivilpakt und aus der EMRK. Diese Übereinkommen hat die BRD ratifiziert, an sie ist sie vertraglich gebunden. Aus diesen Verträgen ergeben sich Verpflichtungen, denen die BRD bislang nicht hinreichend nachkommt:

- (1) Die völkerrechtlichen Verträge verpflichten zu einem systematischen, umfassenden und statusübergreifenden Schutz von Whistleblowern. Das umfasst den Schutz der körperlichen Integrität, aber auch die Pflicht, Nachteile im Arbeitsverhältnis abzuwenden, die aus Whistleblowing resultieren können. Prozedural ist dies durch eine Beweislastumkehr im arbeitsgerichtlichen Verfahren abzusichern. (2) Aus der Verpflichtung auf einen verbindlichen Schutzrahmen für Whistleblowing resultiert, dass ein klarer Rahmen für die Frage zu entwickeln ist, wann die öff. Interessen die gegenläufigen Interessen auf Geheimhaltung überwiegen. Hierbei ist eine Vermutungsregel für die Meinungsfreiheit zu etablieren. (3) Der internationalrechtliche Schutz erstreckt sich auf Whistleblower, die Angaben machen, die nicht unwahr und nicht wissentlich leichtfertig sind, auch wenn sich die Angaben im Verfahren nicht nachweisen lassen. Entscheidend ist die subjektive ex ante-Perspektive der hinweisgebenden Person. Das nat. Recht setzt auch diese internationalrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der zu schützenden Information bislang nicht hinreichend um. (4) Schließlich gehört zu dem durch die internationalen Verträge aufgegebenen umfassenden Schutz des Whistleblowing auch, dass das Verhältnis interner und externer Meldesysteme so zu arrangieren ist, dass den Öffentlichkeitserfordernissen, die Art. 13 UNCAC statuiert und die sich daneben aus den menschenrechtlichen Pflichten ergeben, Rechnung getragen wird. Der Gesetzgeber muss rechtsstaatliche Vorgaben für die internen und externen Verfahren, ihre Unabhängigkeit und Effektivität machen. Der Vorrang interner

Informationsweitergabe entfällt nach internationalem Recht, wenn diese nicht zumutbar ist (weil der hinweisgebenden Person nach ihrem subjektiven Dafürhalten Nachteile drohen), wenn Abhilfe durch sie nicht erwartet werden kann und auch für den Fall, dass sie bereits erfolglos versucht wurde. In diesen Fällen besteht ein vorbehaltloses Anzeigerecht, das im Arbeitsverhältnis nicht disponibel ist und das es Hinweisgebenden ermöglicht, externe Meldesysteme zu nutzen und die Öffentlichkeit zu informieren.